

LE CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLES et la Loi du 16 Novembre 1940

L'autre juge répondit : « Toute loi écrite est déjà périmée. Car la main du scribe est lente et l'esprit des hommes est agile. »

ANATOLE FRANCE.
(Les Juges intègres)

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 16 Décembre 1943, à 14 heures

PAR

Roger BETHOUT

Diplômé de l'Institut des Hautes Études Internationales

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SOLUS, Professeur

Suffragants : MM. ESMEIN, Professeur

H. MAZEAUD, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1944

**LE CONTRAT
DE VENTE D'IMMEUBLES**
et la Loi du 16 Novembre 1940



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551805_0077

LE CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLES et la Loi du 16 Novembre 1940

*L'autre juge répondit : « Toute
loi écrite est déjà périmée. Car la
main du scribe est lente et l'esprit
des hommes est agile. »*

ANATOLE FRANCE,
(Les Juges intègres)

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 16 Décembre 1943, à 14 heures

PAR

Roger BETHOUT

Diplômé de l'Institut des Hautes Études Internationales

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. SOLUS, Professeur

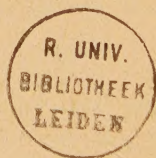
*Suffragants : MM. ESMEIN, Professeur
H. MAZEAUD, Professeur*

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1944

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni im-
probation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



INTRODUCTION

La France traverse, depuis l'armistice du mois de juin 1940, une des périodes les plus tragiques de son histoire.

Les Français sont meurtris dans leurs familles et dans leurs biens. Ils sont également atteints dans ce qui leur est le plus cher, dans leurs libertés.

D'un point de vue strictement juridique, cette période d'armistice marque, en effet, un recul très net du principe du libre vouloir. Le poids de l'Etat se fait plus lourd pour les épaules des individus. La raison en est apparente et l'excuse, facile. Dans les périodes troublées, la puissance publique estime que pour maintenir l'ordre indispensable à la vie paisible des citoyens, elle doit resserrer son étreinte et affermir son contrôle sur les activités particulières, dont les tendances diverses et naturellement divergentes doivent être maintenues par un lien solide.

Cela se traduit en pratique par une ingérence accrue du législateur dans les affaires privées, dès qu'elles intéressent l'ordre politique, social ou économique. Nombreuses sont donc les lois qui, depuis l'armistice, sont venues réduire les libertés individuelles, dont on a pu dire, en une image heureuse, qu'elles étaient devenues une véritable peau de cha-

grin (1). Ces lois pénétrèrent toutes les branches du droit public et privé.

C'est ainsi que le 16 novembre 1940, naquirent trois lois, que d'aucuns ont qualifiées de révolutionnaires, abusés sans doute par ce mot de révolution qui est si répandu aujourd'hui, mais qui nous semblent plus simplement être le produit du temps et du milieu où elles virent le jour.

La première de ces lois intéresse le droit public : c'est celle qui donne au pouvoir central le droit de nommer les conseils municipaux dans les communes de plus de deux mille habitants.

Les deux autres intéressent le droit privé. Elles ont une fortune différente. L'une d'elles, la loi sur les sociétés anonymes, eut une naissance retentissante. Elle était depuis longtemps annoncée et attendue, sinon espérée. Dès qu'elle vit le jour, elle passionna ses commentateurs ; et puis, bien qu'elle ne fût ni claire ni parfaite, comme elle ne touchait vraiment qu'une partie assez restreinte du droit général, quelques éléments de droit commercial, elle n'intéressa bientôt plus que quelques spécialistes.

La seconde eut une naissance fort discrète. Sa venue n'avait pas été annoncée ni même prévue. Aucun signe n'avait révélé sa gestation, que l'examen de sa structure permet de penser avoir été fort brusque, presque brutale. Mais elle força bientôt l'attention des doctrinaires et des praticiens ; et les uns en l'étudiant, les autres en l'appliquant, furent piqués de curiosité, puis d'inquiétude.

Le législateur l'a nommée : Loi relative aux opérations immobilières ; c'est un nom imposant,

(1) J. Gobbi. Thèse. Paris 1941. L'intervention légale dans les mutations d'immeubles.

mais qui cache, avec prudence, toute signification précise.

Après une naissance obscure, elle promet beaucoup en sa première fleur. Puis, les mois passant, l'on s'aperçut avec une satisfaction rassurée, qu'elle ne bouleverserait pas autant qu'on l'aurait pu craindre, la vie juridique antérieure des opérations sur les immeubles.

C'est cette Loi du 16 novembre 1940 et ses répercussions sur la formation du contrat de vente d'immeubles que nous nous proposons d'étudier ici ; mais, comme elle n'est qu'un maillon de la chaîne des principes qui, tour à tour, ont entraîné et entraînent encore cette matière, il nous a semblé utile de remonter brièvement dans le passé pour retrouver ses ascendances, étant donné surtout que certains ont cru reconnaître dans ses traits des ressemblances frappantes avec ses aïeules romaines.

Nous diviserons donc notre étude en quatre chapitres. Dans un premier chapitre, nous rappellerons l'évolution des principes de la vente d'immeubles en droit romain, dans l'ancien droit français, dans le droit intermédiaire et dans le Code Civil.

Dans un second chapitre, nous étudierons le développement du droit français en la matière, du Code Civil à l'armistice de juin 1940, ainsi que les caractères de la Loi du 16 novembre 1940 et le nouveau régime qu'elle institue.

Dans le chapitre troisième, nous étudierons le mécanisme juridique du contrat de vente d'immeubles depuis la Loi du 16 novembre 1940 et la validité des différents aspects de ce contrat, en l'absence du respect des prescriptions de la Loi, et ceci à travers la doctrine et la jurisprudence.

Nous verrons, dans un chapitre quatrième, une

application intéressante des principes que nous aurons ainsi dégagés dans le chapitre précédent, en matière de ventes judiciaires.

Enfin, nous nous efforcerons de conclure sur les idées doctrinales et jurisprudentielles qui régissent actuellement la question.

CHAPITRE PREMIER

ÉVOLUTION DES CONCEPTIONS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE VENTE D'IMMEUBLES

L'ancêtre de la vente est le troc. Avec les progrès, d'ailleurs fort lents, de la civilisation, l'échange qui est en droit le nom que porte le troc, se révèle une opération insuffisante pour les transactions qui s'amorcent ; l'apparition de la monnaie, qui concrétise un pouvoir d'achat fixe pour tous, fait naître la vente qui suppose, dans un patrimoine, le remplacement d'un bien par de l'argent.

Mais la vente telle que la pratiquaient nos ancêtres était très différente de la vente d'aujourd'hui ; elle était, dans le droit primitif, toujours faite au comptant, c'est-à-dire que dans son mécanisme n'intervenait jamais le facteur temps. Cela tenait sans doute au manque de garanties qui, en droit moderne, sanctionne le non respect de la parole donnée.

Nous étudierons donc, avec brièveté, dans ce premier chapitre, la formation du contrat de vente dans le droit romain, puis dans l'ancien droit français, et enfin, après avoir dit un mot de ce contrat dans le droit intermédiaire, dans le Code Civil.

SECTION I. — LE DROIT ROMAIN

Dans le droit moderne, où, sauf de rares exceptions, la convention est obligatoire pour les parties contractantes par le simple échange, la simple rencontre des volontés, et où elle est munie d'actions pour sanctionner cet accord des volontés qui s'analysent en des promesses, le contrat et la convention se confondent. Pour qu'il y ait contrat, il est nécessaire, mais il suffit, que le créancier et le débiteur se soient entendus, que leurs volontés se soient trouvées d'accord. Il semblerait qu'en raison des avantages et de la simplicité qu'il présente, ce principe, que le consentement de deux personnes suffit à faire naître le contrat, ait dû se former de bonne heure. Il n'en est cependant rien, et ce principe qui nous paraît tout naturel aujourd'hui, a mis des siècles à s'établir.

Dans les législations primitives en effet, le droit est avant tout une procédure, laquelle est réglée avec minutie. La volonté humaine est impuissante par elle-même à engendrer l'obligation ; ce n'est qu'au fur et à mesure que les rapports de confiance s'établissent entre les hommes, peut-être aussi au fur et à mesure que l'idée d'une contrainte possible apparaît, que le formalisme, qui n'est que le masque du droit, recule et que l'importance du consentement dans la formation du lien obligatoire est mise à jour. En droit romain primitif, comme dans les autres législations archaïques, la convention, qu'elle se nomme *conventio*, *pactum* ou *placitum*, n'est pas, en principe, génératrice d'obligations. S'il existe des exceptions dans le droit nouveau, dont le nombre augmentera sans cesse, il n'y en a

pas dans le droit le plus ancien. Une règle romaine, qui ne paraît pas avoir jamais été abrogée, mais qui, à cause des dérogations nombreuses qu'elle a subies, a pu donner l'illusion qu'elle avait disparu, déclare la simple convention impuissante à créer un lien de droit comme à faire naître une action pour le garantir. Pour que cette convention devienne obligatoire, il faudra qu'elle soit incorporée dans une solennité juridique qui aura le pouvoir de la transmuier en contrat, qu'elle prenne une forme légale, laquelle la munira d'actions.

L'évolution du droit romain est symptomatique à cet égard. Au début, il n'y a qu'un formalisme absolu ; puis apparaît la « fidei » qui, sans doute prit naissance dans les relations d'affaires entre particuliers d'une même « gens ». Mais elle prit un essor considérable dans tout le droit romain et la déesse « fides » fut, à Rome, une des divinités les plus honorées. L'apparition de la « bona fides » transforma la procédure rigide, en en débordant le cadre étiqué et fit échec au formalisme.

Le plus ancien contrat non formaliste semble être le « mutuum », c'est-à-dire le prêt gratuit, le prêt fait à un ami pour lui rendre service, et dans la pensée qu'un jour, cet ami, à son tour, vous rendra la pareille. Mais en dehors de la « gens » et des relations intimes par lesquelles ses membres sont unis, le formalisme sévit encore : c'est en effet la stipulation qui est l'unique forme de création d'un lien contractuel obligatoire, avec ses formules interrogatives, dont l'omission entraîne la nullité de toute l'opération. C'est le formalisme qui produisit les règles « Nuda pactio obligationem non parit » (1) et « Ex nudo pacto inter cives romanos actio non

* (1) Digeste, Livre II, Titre 14. De pactis, 117, n° 14.

nascitur » (2), règles qui, comme nous l'avons dit plus haut, se sont maintenues jusqu'au terme de l'évolution du droit romain, en perdant simplement de plus en plus de leur force.

Vers les premiers temps du système de la procédure formulaire, apparurent quatre contrats qu'on appela consensuels, parce qu'ils n'étaient pas formels, comme l'ensemble de ceux qui les avaient précédés : la vente, le louage, la société et le mandat. Certains historiens, rappelant le rôle de la « fides » entre personnes d'une même « gens », en ont déduit que par comparaison avec la « gens », des personnes de « gens » différentes, mais exerçant une profession ou un commerce similaires, ce qui les rapprochait, ont pu entre elles et à l'occasion de leur activité professionnelle, conclure des conventions basées sur la bonne foi et exemptes de tout formalisme. Ce serait donc, d'après ces auteurs, par la communauté de profession et d'occupation que s'expliquerait le caractère obligatoire de la vente, purement consensuelle, par exemple.

Girard, dans son « Manuel élémentaire de Droit Romain » (édition 1929), définit la vente : le contrat par lequel une partie s'engage à fournir à l'autre la « possession » utile et durable d'une chose, tandis que l'autre partie s'engage à lui transférer en retour la propriété d'une certaine somme d'argent. Dans le système ancien, à l'époque où tout contrat, pour naître, devait être rigoureusement formaliste, on aurait pu atteindre le même résultat par une stipulation de l'acheteur (*emptio*) et par une stipulation correspondante du vendeur (*venditio*). Il semble bien d'ailleurs que cette origine de stipulations formalistes transparaît à travers le

(2) Sentences de Paul.

nouveau contrat, dont le nom seul, *emptio-venditio*, révèle dans sa dualité, son ascendance. Dans le système nouveau, le vendeur aura « l'actio venditi » et l'acheteur « l'actio empti », et cela par la seule vertu du consentement.

Si l'on compare ces contrats consensuels, nouveaux venus, aux anciens contrats formels, ils apparaissent fort différents. Leur validité n'est plus soumise à des conditions de forme, mais à des conditions de fond, tirées de leur destination économique, de leur utilité particulière qui a permis qu'ils soient considérés comme des exceptions aux règles formalistes que nous avons précédemment rappelées, en les élevant du rang de simples pactes à celui de contrats. Ce qui rend ainsi la vente obligatoire, ce n'est pas un formalisme artificiel, c'est simplement, dans sa réalité juridique, un échange de consentement entre les parties présentes au contrat, sur la chose vendue et sur le prix.

« Puisque tout contrat est un pacte transformé
« en contrat par l'accomplissement des solennités
« d'un contrat formel ou élevé, par une faveur exceptionnelle, à la qualité de contrat non-formel,
« il ne peut y avoir de contrat sans l'accord de volontés qu'implique le pacte. Que le contrat soit
« un contrat unilatéral, où une seule partie s'oblige,
« ou un contrat synallagmatique où les deux parties le font, il suppose, comme base, un consentement réciproque, un accord de volonté des parties (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*). » (3)

Ces contrats consensuels, et la vente en parti-

(3) Girard. Manuel élémentaire de droit romain (édition 1929). Livre III, Titre I, Chapitre II.

culier, s'écartent donc très sensiblement de l'ancien principe du contrat formel, qui était unilatéral et de droit strict. Ils sont obligatoires sans formes, puisque c'est le seul accord des volontés qui les crée. Ils sont en outre synallagmatiques parfaits ou imparfaits. Ils sont enfin de bonne foi.

Leur date d'apparition dans le droit de Rome n'a que peu d'importance ici ; il suffira d'indiquer qu'ils ne devaient pas exister à l'époque des actions de la Loi, puisqu'il ne semble pas qu'il y ait eu alors de contrats de bonne foi. Leur existence est attestée pour le temps de Cicéron et même pour celui de Q. Mucius Scaevola.

La naissance de l'obligation dans le contrat de vente est donc, et cela résulte de son caractère consensuel, indépendante de toute forme extérieure ; elle est également indépendante de toute prestation.

Les contrats consensuels furent ainsi, si l'on fait abstraction du « mutuum », le premier échec au principe qui stipule qu'aucune obligation ne naît du simple pacte. Mais ces échecs se multiplièrent au cours de l'histoire de Rome qui connut chronologiquement les contrats « re », obligatoires par la remise de la chose, les pactes munis d'actions, par le prêteur seulement il est vrai et non par le droit civil et enfin les contrats innomés qui ne furent d'ailleurs munis d'action civile que par Justinien.

En droit romain classique, comme plus tard dans le droit de Justinien, il semble donc que la vente, purement consensuelle, soit identique à celle que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit en effet d'un contrat consensuel synallagmatique et de bonne foi, où le simple accord des volontés fait naître des obligations de part et d'autre. Il n'en est cepen-

dant rien et un fossé profond sépare les deux conceptions romaine et française.

La vente en droit français est consensuelle, productive d'obligations et translatrice de propriété.

La vente en droit romain est consensuelle, productive d'obligations, mais elle ne transfère pas la propriété.

Il existe en effet une distinction fondamentale en droit romain entre, d'une part, les contrats, lesquels sont productifs d'obligations et, d'autre part, les opérations translatrices de propriété ; c'est une distinction qui n'existe pas dans les droits modernes ; mais il était indispensable, à Rome, pour que la propriété passe du vendeur à l'acheteur, de procéder à un acte de transfert, indépendant de l'accord de volontés des parties. L'on s'est demandé pourquoi les anciens exigeaient cette dualité d'opérations dans la vente comme aussi dans tous les contrats qui supposent une mutation de propriété. Certains ont dit que c'était pour protéger les contractants et les tiers ; c'est l'excuse que l'on donne habituellement pour justifier le formalisme. D'autres ont fait observer que les populations primitives conçoivent mal la complexité juridique d'un acte d'aliénation ; il faut, disent-ils, une longue évolution, une accoutumance ancienne, pour pénétrer les esprits de l'idée qu'une chose peut quitter son maître et changer de propriétaire. Aux origines, toute chose appartient à quelqu'un, elle s'incorpore à sa personnalité et ne peut plus s'en détacher. La notion de patrimoine est absolue et indivisible et l'on ne conçoit pas qu'une chose qui fait partie d'un patrimoine puisse le quitter et entrer dans un autre.

Cette idée n'est pas propre seulement à la législation primitive de Rome ; on peut la retrouver dans la plupart des très anciens droits ; en vieux

droit chinois notamment, il semble bien que la dépossession de l'aliénateur ne soit jamais définitive et que le propriétaire sortant puisse toujours reprendre, ou tout au moins revendiquer, sa chose.

Il est cependant curieux de remarquer que la première forme de vente que Rome ait connue, la vente au comptant, dérivée du troc, parfaite et finie en un trait de temps, a été une opération translatrice de propriété ; elle différerait alors de la vente moderne, non plus par l'absence du trait caractéristique du contrat français, la mutation de propriété, mais par l'absence d'obligations contractuelles, obligations qui, au contraire, rapprochent la vente romaine classique du droit d'aujourd'hui. Cette première forme de vente ne produit donc aucune espèce d'obligations ni d'un côté ni de l'autre, sauf toutefois celles dont pourrait être tenu l'aliénateur coupable, en vertu d'une idée de délit, et non pas en vertu d'une idée de contrat.

Puis les parties, la vie économique devenant plus complexe, ne voulurent plus, ou plus simplement ne purent plus procéder à une vente au comptant ; il était donc nécessaire, le facteur temps entrant en jeu, qu'apparaisse l'obligation. Une partie s'engagerait à fournir la chose, l'autre partie à payer le prix. A ce moment, on est en présence, non plus, comme le dit Girard, « de la vente translatrice de « propriété de la théorie des modes d'acquérir, « mais de la vente génératrice d'obligations de la « théorie des contrats » (4). Les expressions qui désignent la vente dans l'ancien droit, par exemple dans les XII tables (*emere, vendere, venum dare*),

(4) Girard. Manuel élémentaire de droit romain (édition 1929). Livre III, Titre I, Chapitre II.

ont trait à la vente translatrice de propriété ; elles ne concernent pas la vente génératrice d'obligations. La chose n'étant pas encore née, il n'existe aucun mot pour la dire.

La date du passage de la première conception de la vente à la seconde est assez mystérieuse pour qu'on ne la connaisse pas avec précision. Ce qui est certain, c'est qu'en droit romain classique, c'est la seconde conception qui a prévalu, celle d'un contrat productif d'obligations.

Dans cette seconde conception, la conception proprement romaine de la vente, la première n'étant, à tout prendre, qu'une transition entre le troc et la vente du droit classique, la vente est formée (*perfecta*) par le consentement du vendeur et de l'acheteur, sur la chose et sur le prix. Dès que les parties sont d'accord, le contrat est obligatoire, avant même toute exécution.

Mais, du fait même qu'elle est un contrat, la vente romaine ne peut être ni translatrice de propriété, ni génératrice de droits réels ; elle n'a pour effet que de créer des obligations à la charge de chacune des parties contractantes. Le vendeur n'est pas tenu de « *dare* », c'est-à-dire, dans le sens très précis de ce mot en droit romain, de rendre l'acquéreur propriétaire, — le mot *donner* se traduisant par « *donare* ». Le vendeur est simplement tenu de faire à l'acheteur remise d'une possession paisible et durable « *vacuam possessionem tradere* ».

Pour acquérir la propriété de la chose vendue, l'acheteur doit donc ajouter une formalité à la convention en vertu de laquelle le bien passe du patrimoine du vendeur dans le sien. Ceci peut paraître d'autant plus surprenant à un esprit français que c'est d'un point de vue opposé, comme nous le verrons dans la section quatrième de ce chapitre, qu'est

partie la conception du Code Civil. L'article 1138 du Code Civil dit en effet : « L'obligation de livrer la chose est parfaite, par le simple consentement des parties contractantes. » Cette proposition pourrait être une conception aussi bien romaine que française, puisque nous avons vu qu'en droit romain classique, la vente était un contrat purement consensuel ; mais l'article précité ajoute : « Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. » C'est donc le seul consentement qui rend le créancier propriétaire et qui entraîne par le seul fait de son existence, la mutation de propriété. Et cela, ce n'est pas romain.

Sans doute, le principe qui trouve son application dans le droit français est-il plus évolué, plus conforme aux aspirations d'une civilisation avancée pour qui la liberté et ses manifestations juridiques sont le souverain bien. Mais il n'est pas sans présenter des inconvénients, tout au moins pour les tiers que la vie met en rapport avec les contractants. Nous n'en voulons pour preuve que la nécessité où l'on fut de recourir à la promulgation de la Loi du 23 mars 1855, qui exige la transcription des aliénations immobilières. Cette loi peut, historiquement, être considérée comme un retour, combien partiel évidemment, au formalisme antique. Nous verrons plus loin que l'application de la Loi du 16 novembre 1940 peut aussi, d'un point de vue théorique et historique, être considérée comme une renaissance du régime des anciennes contraintes.

Les modes de transfert de la propriété, opération nécessaire pour ajouter à la qualité de créancier de la chose vendue, celle de propriétaire, étaient assez nombreuses à Rome. Nous n'entrerons pas ici dans leurs détails, ce qui dépend de l'étude directe

du droit romain et ce qui dépasserait le cadre restreint de cet essai.

Nous nous bornerons à rappeler que les modes d'acquérir la propriété entre vifs et à titre particulier étaient soit volontaires, soit non volontaires. Les premiers étaient la *mancipatio*, l'*in jure cessio* et la *traditio*. Tous les trois supposaient la qualité de propriétaire chez celui qui aliène ; et alors que les deux premiers étaient des modes du droit civil, la *traditio* était un mode du droit des gens, dans lequel il n'existait pas de conditions de forme. Les modes d'acquérir non volontaires étaient l'*usucapio*, de laquelle on peut rapprocher la *longi temporis praescriptio* et la *longissimi temporis praescriptio* ; l'*adjudicatio*, c'est-à-dire l'attribution de la chose, faite par une décision de l'autorité judiciaire, par exemple le juge des actions en partage ou en bornage ; enfin la *lex* elle-même, c'est-à-dire l'attribution faite directement par la Loi.

Ces caractères de la vente romaine se sont conservés jusque dans le dernier état du droit, dans les Institutes de Justinien, avec peu de modifications. La vente est toujours un contrat consensuel. Après avoir indiqué en effet que les obligations naissent « d'un contrat, ou comme d'un contrat, d'un « délit ou comme d'un délit » (5), les Institutes, dans le Titre XIII du L. III, étudient celles qui résultent d'un contrat et elles en distinguent quatre sortes ; « car, disent-elles, le contrat se forme ou par « une chose, ou par des paroles, ou par un écrit, ou « par le consentement » (6). Puis après avoir ana-

(5) ...aut enim contractu sunt, aut quasi ex contractu ; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

(6) ...aut enim re contrahuntur aut verbis, aut litteris, aut consensu.

lysé les trois premiers modes de formation du contrat, en trois titres successifs (titre XIV : quibus modis re contrahitur obligatio ; titre XV : de verborum obligatione ; titre XXI : de litterarum obligatione), les Institutes arrivent dans le titre XXII à l'étude de la formation des obligations par le consentement (de consensu obligationibus) et elles disent : « c'est par le consentement que se forment
« les obligations, dans les ventes, louages, sociétés
« et mandats. Dans ces différents cas, on dit que
• « l'obligation se contracte par le consentement,
« parce que ni l'écriture, ni la présence des parties
« ne sont nécessaires, non plus que le fait de donner quelque chose pour que se forme l'obligation ;
« il suffit que ceux qui contractent, consentent » (7). Cette dernière phrase montre que le droit romain, au terme de son évolution historique, connaît toujours l'obligation par simple échange du consentement, sans aucune autre condition pour la formation du contrat ; et la vente était le type même de ces contrats se formant par la seule volonté des parties contractantes.

En effet, dans le titre XXIII, relatif à la vente (de emptione et venditione), il est précisé que le contrat de vente existe dès que l'on est convenu du prix, bien que ce prix ne soit pas encore payé (8). Le prix, comme la chose elle-même, objet de la

(7) Consensu fiunt obligationes in emptionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem, istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omni modo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio ; sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire.

(8) Emptio et Venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nundum pretium numeratum sit.

vente, dont les Institutes ne parlent pas, mais qui doit être tout naturellement sous-entendue, est un élément essentiel du contrat de vente sans lequel le consentement manquerait d'assise.

Ce principe général de la formation du contrat de vente par le seul consentement des parties, subit d'ailleurs, dans le droit de Justinien, une restriction fort importante, quant aux ventes auxquelles on doit l'appliquer. Les Institutes précisent en effet : « Ce qui précède s'applique aux ventes qui se font « sans écrit, ventes à l'égard desquelles nous n'a- « vons rien innové. Mais dans celles qui se font « par écrit, nous avons décidé que, pour les rendre « parfaites, il faudrait que l'acte de vente fût écrit « de la propre main des contractants ou écrit par « un tiers et signé des contractants, ou que cet acte, « quand il est passé devant le tabellion, soit com- « plètement achevé et revêtu de toutes ses for- « mes. » (9)

Et le texte continue : « Car tant qu'il y man- « quera quelque chose, on sera libre de se dédire « et l'acheteur ou le vendeur pourront se départir « sans indemnité de la vente. » (10)

Par conséquent, dans le droit de Justinien, la vente, dans certains cas, est parfaite par le seul con-

(9) Sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, obtinere oportet ; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectum esse venditionem et emptionem constituimus nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentur, vel ab alio quidem scripta contrahentibus autem subscripta ; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta.

(10) Donec enim aliquid ex his deest et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione.

sentement des parties (11). Elle garde donc son caractère consensuel et elle est toujours productive d'obligations. Elle ne transfère toujours pas la propriété. « Toutefois le vendeur devra céder à l'acheteur la revendication et la condition, car celui qui n'a pas livré la chose en est encore propriétaire. » (12)

Voilà donc les caractères de la vente en droit romain. Ils sont semblables sur deux points à ceux de la vente en droit français. Mais les deux ventes diffèrent en un point essentiel : le transfert de la propriété, qui est de l'essence même du contrat de vente en droit français, alors qu'il est complètement indépendant de ce contrat en droit romain classique comme du Bas Empire.

Il nous a semblé utile de résumer ces données qui nous permettront de suivre l'évolution du contrat de vente d'immeubles jusqu'à aujourd'hui ; elles nous aideront aussi à comprendre les modifications qu'a apportées à ce contrat la Loi du 16 novembre 1940.

SECTION II. — L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Le Moyen Age marque un recul très net dans l'évolution du droit, comme dans les autres domaines, arts, sciences, lettres, etc... Ce ne fut que progressivement et avec peine qu'au cours de notre

(11) Cum autem emptio et venditio contracta sit quod effici diximus simul atque de pretio convenerit cum sine scriptura res agitur.

(12) Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.

histoire on retrouva la netteté des principes du droit romain, principes qui d'ailleurs se modifièrent sensiblement. C'est ce que nous allons étudier en trois paragraphes relatifs à la période franque, à la période féodale et coutumière, et enfin à la période monarchique.

1° Période franque (V^e au X^e siècle)

Dans le droit germanique, comme dans le droit franc et dans le très ancien droit français, qui prit naissance dans une période particulièrement troublée, le contrat consensuel, qui s'était épanoui dans le droit romain classique jusqu'à la fin de l'ère romaine, devait inévitablement, sinon complètement disparaître, du moins perdre de son importance. Ce très ancien droit nous fait donc assister à un retour au formalisme. Les Germains, en effet, n'ont pas révélé au monde moderne, comme certains l'avaient cru, la fidélité à la parole donnée. « Pas plus en Germanie, que dans l'ancienne Rome, les obligations « ne se formaient *solo consensu* ». (13)

Le droit franc, comme tout droit d'origine germanique, est donc essentiellement formaliste : il l'est aussi bien dans la formation du contrat que dans le transfert de la propriété.

Puisque la vente avait toujours lieu au comptant à cette époque, comme dans le très ancien droit romain et pour les mêmes raisons, il était naturellement inutile de rechercher si ce contrat était consensuel ou réel. Il semble bien ensuite que la vente soit devenue un contrat réel. Le simple accord

(13) Brissaud. Manuel d'Histoire du droit privé (édition 1935).

des volontés ne suffisant pas à opérer le transfert de propriété, il fallait l'accomplissement d'une double formalité. D'abord la mise en possession de l'acquéreur par la tradition de l'objet même (*res prestita*), s'il est mobilier, ou d'un objet symbolique pour les immeubles, par exemple une motte de terre, une branche d'arbre. Il fallait ensuite déposer l'aliénateur par une cérémonie dite « *festuatio* », qui consistait dans le jet d'un bâton, d'un épieu, d'un fétu de paille (*festuca*) dans la poitrine (*in laisum*) de l'acquéreur. Ce geste symbolisait l'abandon d'un droit, par exemple le délaissement d'un fonds, et par extension juridique ce geste assurait la transmission de la propriété. Cette double formalité avait lieu devant témoins et souvent dans le « *mallum* », c'est-à-dire devant l'assemblée des hommes.

2° Période féodale et coutumière

Elle s'étend du x^e au xvi^e siècle, soit, de l'avènement de Hugues Capet (987) à l'avènement de François I^{er} (1515). Le droit de l'époque franque subsiste dans ses traits essentiels pendant les quatre premiers siècles de la féodalité. Cependant, il subit nettement l'influence de cette féodalité qui complique les opérations juridiques. Il faut tout d'abord noter qu'il y a très peu de propriétés appartenant à de simples particuliers ne dépendant de personne ; — même dans le cas d'alleu, d'ailleurs, l'aliénateur se désaisissait de l'immeuble et en investissait l'acquéreur par une cérémonie formaliste qui se passait devant témoins ou devant le juge royal.

En ce qui concerne les héritages qui sont soumis aux règles de la féodalité, il n'y a pas de doctrine juridique unie. De nombreuses différences existaient entre les pays de coutumes et les pays de droit écrit où le droit romain était appliqué ; dans les pays de coutumes eux-mêmes, les règles variaient souvent d'une contrée à l'autre. Mais partout, le simple consentement était impuissant pour assurer la transmission de la propriété entre vifs ; ce transfert restait soumis, comme dans la période précédente, à l'accomplissement de formalités symboliques.

En cas d'aliénation d'une tenure noble, c'est-à-dire d'un fief, trois formalités successives devaient obligatoirement être accomplies : Le deveste, la foi et l'hommage ; enfin le veste ou investiture. Nous sommes loin de la simplicité relative des modes de transfert de la Rome classique ou décadente. Par le deveste ou le dessaisissement, le vendeur du fief se dégageait du lien de fidélité qui l'unissait, de par sa terre, au suzerain, en lui remettant la possession du fief. Par la foi et l'hommage, le nouveau vassal, l'acquéreur de la terre, promettait sa fidélité au seigneur qui allait devenir son suzerain. Enfin, par le veste ou investiture, l'acquéreur était mis en possession du fief.

En cas d'aliénation d'une tenure roturière, c'est-à-dire d'une censive, l'opération était un peu plus simple, la foi et l'hommage n'ayant pas lieu ; mais il subsistait encore le deveste de l'aliénateur entre les mains du seigneur censier, puis le veste opéré par le seigneur censier au profit du nouveau tenancier.

Cependant, ce retour à un formalisme minutieux ne dura pas pendant toute la période féodale ; l'écriture qui se généralise, sans faire disparaître le

formalisme, puisqu'elle en est elle-même une manifestation, le simplifie. A partir du ^{xii}^e siècle, et plus nettement au cours du ^{xiii}^e, l'influence du droit romain et surtout celle du Droit Canon se font sentir, et ces influences vont, peu à peu, au cours des siècles qui vont venir, conduire aux théories modernes. Cette apparition des théories nouvelles et leur discordance avec les théories de l'ancien formalisme se révèle par les hésitations que l'on voit dans les anciens coutumiers, notamment en cas de ventes successives à deux personnes différentes. La pratique hésite entre l'ancienne conception qui considère la vente comme un contrat réel et pour laquelle la livraison de la chose décide du droit de l'acquéreur, et la nouvelle conception pour laquelle la vente est un contrat purement consensuel et qui considère, par conséquent, la livraison comme un détail d'exécution sans importance.

Le Droit Canon joua un grand rôle dans cette évolution, grâce sans doute au serment promissoire ; ce serment différait de celui du très ancien droit, qui était essentiellement formaliste, en ce qu'au contraire il était indépendant de toute formalité extérieure. Il était sanctionné par les Tribunaux ecclésiastiques qui assuraient le respect des engagements pris, par l'institution de pénalités contre celui qui manquait à la parole donnée. C'était en effet un péché mortel, en Droit Canon, de ne pas tenir sa parole, et dans l'appréciation de ce péché, la juridiction d'Eglise tenait avant tout compte de l'intention des parties.

Dans la pratique civile, l'usage se fit d'accompagner toute convention d'un serment promissoire, ce qui obligeait les parties à respecter les engagements qu'elles avaient pris. Avec l'habitude de ce serment adjoint au contrat, l'usage de la paumée,

qui constatait la validité du pacte, se perdit peu à peu.

Le principe : *solus consensus obligat*, n'est cependant pas encore posé ni admis. Ce n'est guère avant la fin du xv^e siècle que le principe moderne, qui d'ailleurs trouvait ses racines dans le droit de Rome, s'affirma en Italie. Il s'imposa à la même époque en France. Dès lors la vente redevint un contrat consensuel ; elle fut soumise presque complètement aux règles romaines. Cependant la doctrine n'était pas encore unie, et cela se voyait plus particulièrement en ce qui concerne la promesse de vente. A la promesse unilatérale de vente, certains auteurs, dont Decius, ne faisaient produire comme effet qu'une obligation de faire. Quand le promettant refusait de respecter l'engagement qu'il avait pris, il n'était condamné, dans cette théorie, qu'au paiement de dommages-intérêts, en quoi se résout toute obligation de faire non respectée. Mais d'autres auteurs, dont Jason, soutenaient que la promesse unilatérale de vente engendrait une obligation de donner, c'est-à-dire, dans le sens romain du terme, de transférer la propriété ; dans cette seconde conception, l'acheteur pouvait se faire livrer la chose promise. La même divergence d'opinion existait relativement à la promesse synallagmatique de vendre et d'acheter ; Jason estimait que vendre et promettre de vendre étaient deux choses différentes. D'après lui, la promesse de vente n'entraînait pas de mutation de propriété et elle ne mettait pas les risques à la charge de celui qui avait promis d'acheter. Dumoulin, au contraire, soutenait que la promesse de vente valait vente, si tous les éléments du contrat se trouvaient réunis, c'est-à-dire le consentement réciproque des parties contractantes sur un objet certain, moyennant un prix déterminé. Il

se bornait à distinguer la promesse de vente *de prae-senti* de la promesse de vente *de futuro*, cette dernière, faite pour l'avenir, n'entraînant pas à ses yeux d'obligation actuelle. Toutefois, les anciens auteurs subordonnaient le transfert de la propriété de la chose vendue à une condition : le paiement du prix.

La partie n'était pas d'ailleurs définitivement gagnée. Au xvi^e siècle, la réaction des « romanistes » comme Cujas ou Doneau, amène, dans une certaine mesure, un retour éphémère aux principes de la législation romaine. Cependant, en présence du droit coutumier qui s'affermissait chaque jour davantage, et qui surtout était parfaitement passé dans les mœurs, ce retour en arrière ne fut que de courte durée. Les glossateurs et les post-glossateurs, qui connaissaient non seulement le droit romain, mais aussi le Droit Canon, *doctores in utroque jure*, assouplirent les principes romains. Ils étaient des théoriciens sans doute, mais avant tout ils étaient aussi des praticiens, les grands avocats de leur temps, et ils développèrent les principes des juridictions ecclésiastiques, dans l'espoir de les concurrencer et de leur enlever ainsi une partie de leur clientèle. Or, nous savons que le premier principe du Droit Canon était que le pacte nu, à condition qu'il soit librement consenti et accepté, pouvait engendrer des actions, sans l'accomplissement d'aucune formalité. Loisel ne disait-il pas, au xvi^e siècle : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles ». Et dans nombre de manuels de droit à l'usage de praticiens de l'époque, on peut lire que le simple consentement suffit à lier les parties qui contractent, ce qui n'est que la traduction de l'adage que nous avons rappelé plus haut : *solus consensus obligat*.

Aussi fut-il tout naturel, avec l'évolution de ces idées, que les jurisconsultes des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, comme Domat, n'aient pas hésité à proclamer que tous les contrats, en droit français, étaient de bonne foi, condamnant ainsi le principe même du formalisme.

3° Période Monarchique

Cette période s'étend historiquement du ^{xvi}^e au ^{xviii}^e siècle, de 1515 à la révolution de 1789. Mais, à la vérité, elle se confond juridiquement avec la précédente, l'évolution des institutions ne pouvant être enfermée dans des dates fixes, des périodes arbitraires.

Dans le dernier état de notre ancien droit, nous avons vu tomber en désuétude toutes les formalités du *deveste* et du *veste*, de la *dessaisine*, *saisine*. Pratiquement, il fut admis dans la plupart des coutumes, que l'insertion dans l'acte d'une clause par laquelle le vendeur déclarait se dessaisir au profit de l'acheteur, opérait le transfert de la propriété, et cela même à l'égard des tiers. C'était d'ailleurs encore remplacer une formalité archaïque par une formalité plus évoluée. Cette clause ne pouvait, au surplus, être insérée que dans un acte notarié. La publicité qui avait jusqu'alors entouré la transmission des immeubles entre vifs cessa de s'appliquer ; elle ne se maintint que dans quelques coutumes du Nord, telle que celles de Reims, Laon, Senlis ou Beauvais qui prirent, pour cette raison, le nom de communes de *nantissement* ou de *veste* et de *deveste*.

Le principe du libre consentement suffisant à lier les parties sans formalités extérieures, fut illus-

tré par Pothier dans son *Traité des Obligations*. Il écrivait en effet : « Les subtilités du Droit Romain, « contraires au droit naturel, n'existent plus. Toutes les conventions, qu'elles aient ou qu'elles « n'aient pas de noms, ont toujours leurs effets et « elles obligent à ce qui est convenu. »

A la veille de la tourmente révolutionnaire, qui contiendra les germes du Code Civil, c'est donc le principe de l'obligation purement consensuelle qui triomphe

SECTION III. — LE DROIT INTERMÉDIAIRE

Dans l'histoire du Droit français, cette période commence avec la Révolution de 1789 et se termine en 1815, avec la chute de l'Empire. Cependant, nous l'abrègerons ici volontairement et nous la ferons se terminer en l'année 1804, date de la promulgation du Code Civil.

La période révolutionnaire, qui fut une des époques les plus troublées de l'histoire de notre pays, vit un foisonnement de lois, jamais atteint jusque-là. Le 11 Brumaire 1799, quelques jours avant le coup d'Etat de Bonaparte, un député rappellera en effet à la tribune, que depuis le début de la Révolution, les Assemblées n'avaient pas voté moins de 22.231 lois et que les Conseils en particulier en avaient voté 4.139 en moins de dix-huit mois et cela, précisera-t-il, pour aboutir à une vraie anarchie (14). « Nation sans lois, devait aussi écrire Bo-

(14) Louis Madelin. *Histoire du Consulat et de l'Empire*. L'Ascension de Bonaparte, p. 287. Discours du député Darraq.

« naparte, avec trois cents in-folio's de lois ». (15)

Ces lois n'intéressent d'ailleurs que peu la matière qui nous occupe. En laissant de côté la Loi du 17 pluviôse an XII sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général et celle du 15 ventôse an XII sur la vente, une loi est particulièrement importante : c'est la loi du 11 brumaire an VII qui règle le transfert de la propriété des immeubles entre vifs. Aux termes de l'article 16 de cette loi, le transfert de la propriété des immeubles est opéré par le seul effet du consentement dans les rapports des parties contractantes, mais à l'égard des tiers, l'aliénation n'est consommée que par la transcription de l'acte sur les registres de la conservation des hypothèques.

C'était une réforme salutaire qui consolida le crédit, en donnant une plus grande sécurité aux transactions immobilières.

Cette règle fut d'ailleurs abandonnée par les rédacteurs du Code Civil, puisque l'article 1138 de ce Code décida que le seul consentement des parties suffisait pour opérer la mutation de propriété vis-à-vis de tous, parties contractantes et tiers. De tels dangers de fraude se manifestèrent, que la Loi du 23 mars 1855 dut remettre en vigueur les principes qu'avait établis la Loi révolutionnaire.

C'est à cette époque qu'à la diversité des sources du droit qui régnait jusqu'alors, succéda l'unité. Les coutumes, le droit romain, les ordonnances royales, le droit canonique, les arrêts de règlements disparaissent comme éléments de formation des contrats ; c'est la Loi qui est désormais la seule origine du droit positif, c'est-à-dire une résolution prise par l'organe législatif.

La période révolutionnaire fut considérée, pendant longtemps, comme la génératrice du droit moderne ; les conceptions historiques actuelles ont tendance, par un excès contraire, à la rejeter volontairement dans l'oubli et à attacher une plus grande importance à la longue période monarchique qui l'avait précédée. Il nous a cependant paru opportun de rappeler en quelques mots que c'est une loi révolutionnaire qui, à la veille du Code Civil qui devait fixer pour une période non encore terminée aujourd'hui les bases de notre droit français, avait posé le principe, élaboré lentement au cours des siècles passés de la formation de l'obligation par le seul consentement des intéressés, notamment en matière de ventes d'immeubles.

SECTION IV. — LE CODE CIVIL

Le Code Civil fut promulgué le 21 mars 1804. Il consacre le principe de la formation de l'obligation par le seul consentement et la vente consensuelle est un contrat à la fois productif d'obligations réciproques à la charge du vendeur et de l'acheteur et translatif de propriété.

La vente est tout d'abord un contrat purement consensuel ; Planiol précise, dans son *Traité élémentaire de Droit Civil* (Tome II, N° 1047, Edition 1931 ; cf. également la nouvelle édition refondue en 1943 par M. Ripert), que le consentement des parties, c'est-à-dire l'accord des volontés, est l'élément essentiel de tout contrat. Il doit toujours exister, dit-il, alors même qu'il ne suffirait pas à lui seul, pour former le contrat et que cette formation exigerait le concours d'un autre élément.

La règle générale du droit français est donc que le consentement suffit pour former le lien contractuel obligatoire et ce n'est que par exception à cette règle générale, que certains contrats exigent, pour leur formation, un autre élément qui est tantôt une solennité, ce sont les contrats solennels, et tantôt une prestation, ce sont les contrats réels. C'est une règle générale que l'on trouvait déjà en puissance chez les jurisconsultes du XIII^e siècle, comme Pierre de Fontaine ou Beaumanoir, pour lesquels la simple « convenance », c'est-à-dire l'accord des volontés « est obligatoire ». « Toutes convenances sont à tenir », disait Beaumanoir. Ce principe est si bien ancré dans l'esprit des auteurs du Code Civil qu'ils n'ont pas jugé à propos de le rappeler et qu'ils l'ont partout sous-entendu.

Si le propre du contrat consensuel est d'être dénué de formes, c'est-à-dire de formalités extérieures que la loi impose, il est cependant nécessaire que les volontés des parties soient échangées pour que le contrat naisse ; il faut donc qu'elles se manifestent ; internes elles seraient impuissantes à créer le lien obligatoire, car personne ne les connaîtrait, notamment le co-contractant.

Cette manifestation des volontés réciproques, destinée à en faciliter et à en matérialiser l'échange, ne se confond pas avec la solennité exigée par la loi pour la formation des contrats solennels. Dans ces contrats, du moins ceux qui ne sont pas relatifs à la famille, la formalité exigée par le législateur est toujours la même : c'est la confection d'un acte notarié. Ce n'est donc plus comme dans les législations romaine ou germanique un formalisme destiné à révéler l'existence du consentement, la manifestation actuelle de l'échange des volontés n'étant soumise à aucune forme réglementée ; l'intervèn-

tion du notaire dans la formation du contrat solennel, a simplement pour but de protéger les contractants ou les tiers, soit contre les dangers inhérents à l'acte dont la régularisation est poursuivie, soit contre les fraudes ou les dols possibles.

Cette comparaison du contrat consensuel et du contrat solennel, n'est peut-être pas inutile, car l'on pourrait soutenir, comme nous le verrons plus loin, que l'obligation actuelle d'obtenir l'autorisation préfectorale pour que s'opère le transfert de propriété d'un immeuble, revêt le contrat de vente d'immeuble d'un caractère solennel, en fait une sorte de contrat mixte, à la lisière du contrat purement consensuel et du contrat solennel. L'intervention du préfet jouerait le rôle de celle du notaire ; elle protégerait la Société et, par là, l'ensemble des tiers contre l'ingérence d'individus que la Loi a voulu écarter, contre la mainmise sur les biens immeubles par des personnes dont l'activité douteuse risque d'être nuisible à l'intérêt de la communauté nationale en des temps troublés.

La vente est ensuite productive d'obligations réciproques, à la charge des deux parties contractantes, vendeur et acquéreur, c'est le caractère traditionnel de la vente, depuis le droit romain, à travers l'ancien droit français. Cela résulte des termes mêmes de l'article 1582 du Code Civil : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer la chose et l'autre à la payer. »

La vente enfin, dans le Code Civil, transfère la propriété sans qu'il soit besoin, comme en droit romain ou dans l'ancien droit français, de recourir à un mode spécial de transfert. L'article 1138 du Code Civil posait déjà le principe du transfert immédiat de la propriété, par le seul consentement des parties, comme d'ailleurs l'article 938 pour les dona-

tions entre vifs. L'article 1583 précise que la vente « est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur, dès que l'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé ».

Il convient de remarquer d'ailleurs que l'article 1138 n'exprime qu'une règle supplétive à la volonté des parties. Celles-là peuvent donc exclure dans le contrat, le transfert de la propriété ; elles peuvent aussi subordonner la mutation à la tradition de l'objet du contrat. En droit maritime, on voit notamment que la vente « caf » subordonne le transfert à l'embarquement de la marchandise ; dans la vente « fob » au débarquement. En un mot, les parties sont absolument libres de régler comme elles l'entendent la question du transfert de la propriété.

Bien que la définition de la vente donnée par le Code Civil soit conforme à la tradition, et que le Code Napoléon n'ait fait que la reproduire, elle ne donne pas une idée très exacte de la vente en droit moderne français. Elle dit seulement, en effet, que le vendeur s'oblige à livrer la chose, ou encore, comme le précise l'article 1603, à la délivrer et à la garantir. Rien dans ces mots ne fait apparaître l'idée de transfert de la propriété qui, pour les auteurs du Code, est pourtant de l'essence même de ce contrat. On pourrait se croire toujours dans la Rome Antique où le vendeur ne s'obligeait pas à transférer la propriété : « *Hactenus tenetur venditor ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* » (16). L'obligation de transférer la propriété est sans aucun doute cependant sous-entendue dans le texte ; la vente de la chose d'autrui

(16) Digeste, Livre XIX, Titre I, p. 30, § 1.

n'est-elle pas nulle, conformément à l'article 1599 ? Ce principe, comme l'a dit Planiol, domine toute la matière de la vente, et les auteurs du Code l'ont dit et répété maintes fois dans les travaux préparatoires. Nous reprendrons donc la définition de cet auteur et nous dirons avec lui que la vente, en droit français, « est un contrat par lequel une personne « qui est appelée vendeur s'oblige à transférer à une « autre la propriété d'une chose, tandis que l'autre, « qui est l'acheteur, s'oblige à lui en payer la va-
« leur en argent » (17). La vente en droit français n'est peut-être pas d'ailleurs si éloignée que certains auteurs l'ont soutenu, de la vente romaine. En droit romain en effet, la vente supposait bien le transfert de la propriété ; seulement l'acte de transfert devait s'accomplir en une opération séparée, la *mancipatio*, l'*in jure cessio* ou la *traditio*. Un vendeur n'aurait pas pu stipuler que l'acheteur n'aurait pas la propriété de la chose (18). Mais à la différence du droit français, le droit romain ne considérait pas comme nulle la vente de la chose d'autrui..

En droit comparé, la législation allemande est particulièrement intéressante dans cette matière. Elle fait figurer conjointement, dans la définition de la vente, et l'obligation de livrer la chose et celle de transférer la propriété. Cette solution est critiquée par Planiol (19), qui estime qu'il y a nécessairement une des deux obligations qui est secondaire et qui n'est pas la caractéristique du contrat. « Avec « le temps, dit-il, l'effet propre de la vente a chan-

(17) Traité élémentaire de Droit Civil. Tome II, n° 1353. Edition 1931. Cf. également édition nouvelle refondue en 1943 par M. Ripert.

(18) Digeste. Livre XVIII, Titre I, p. 25, § 1.

(19) Traité élémentaire de Droit Civil, Tome II, n° 1353, Edition 1931.

« gé ; c'était jadis la transmission d'une chose considérée dans la réalité matérielle ; c'est maintenant le transfert de la propriété que les peuples, d'un commun accord, lui assignent pour but. Si on définissait la vente : la transmission à prix d'argent du droit de propriété, on enlèverait bien des ambiguïtés. »

La théorie que préconise avec vigueur cet auteur n'est cependant pas admise d'une façon absolue par toute la doctrine. Aubry et Rau, par exemple, dans leur Cours de Droit Civil (20), estiment que le transfert du droit à la propriété n'est pas de l'essence même de la vente, mais simplement de sa nature. Ils précisent qu'il ne saurait y avoir de transfert de propriété pour des choses non individualisées au moment du contrat, bien qu'il ne fasse pas de doute pour personne qu'il y ait cependant vente. L'on peut toutefois répondre à cette objection que dans l'espèce, si le transfert ne se fait pas immédiatement au moment du contrat, cela tient, non pas à la nature du contrat de vente lui-même, mais bien à l'objet du contrat qui n'est pas individualisé lors de sa passation.

Il reste un mot à dire de la promesse de vente qui, aux termes de l'article 1589, vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

Ce texte veut dire que quand deux personnes passent une convention dans laquelle l'une a déclaré promettre de vendre et l'autre promettre d'acheter, cet acte est exactement l'équivalent d'une vente. C'est ce qu'on appelle la promesse de vente bilatérale ou synallagmatique. Elle ne soulève que peu de difficultés en pratique, puisque la Loi, lorsque le

(20) § 349, Note 1, Tome IV, N° Edition.

contrat est valablement formé, l'assimile purement et simplement à la vente.

Cet article vise plus spécialement la promesse synallagmatique de vente et d'achat telle qu'elle vient d'être définie. Elle ne se confond pas avec la promesse unilatérale d'acheter. Si la promesse unilatérale d'acheter est rare dans les affaires, la promesse unilatérale de vente est, au contraire, très fréquente ; on lui donne souvent le nom d'option. Planiol la définit : « le contrat par lequel une personne s'engage à vendre à l'autre partie une chose sans que celle-ci consente immédiatement à l'acheter », (21). Il y a donc ici une notion de temps qui n'existe pas dans le concept de la vente parfaite et qui caractérise cette convention. Elle diffère de l'offre de contracter, en ce qu'elle comporte un accord de volonté entre l'auteur de la promesse et le bénéficiaire ; elle est un véritable contrat. Elle diffère aussi de la vente sous condition suspensive, puisque la réalisation de l'opération ne s'opère pas rétroactivement au jour de la promesse, mais à la date où le bénéficiaire lève l'option qui lui a été consentie (22). La réalisation de la vente s'opère, en effet, par la seule volonté du bénéficiaire.

La promesse de vente est donc une convention essentiellement unilatérale. En effet, si le bénéficiaire de cette promesse consentait immédiatement à acheter l'objet de la promesse, on ne serait pas en présence d'une promesse de vente, mais bien en présence d'une vente parfaite et complète, c'est-à-dire d'une vente qui produirait immédiatement tous

(21) Traité élémentaire de Droit Civil, Tome II, n° 1398, Edition 1931. Cf. également : édition nouvelle, refondue en 1943 par M. Ripert.

(22) Cass. Requête, 21 février 1910, D.P. 11-1-389, et S. 10-1-288.

ses effets, obligations réciproques à la charge des parties et transfert de la propriété. Nous sommes au contraire en présence d'une obligation unique, contractée par le propriétaire de la chose, qui seul s'est obligé en promettant de vendre. Il s'agit d'une véritable obligation personnelle pour le promettant, laquelle n'emporte aucun transfert de propriété. Le non respect de sa promesse par le promettant se résoudra en dommages-intérêts, puisqu'il n'y a eu aucune création de droit réel, et que nous sommes en présence d'une obligation de faire.

Lorsque le consentement de l'acheteur viendra se joindre à la promesse du vendeur, le contrat de vente se formera. C'est ce que veut dire le Code Civil quand il assimile à la vente la promesse de vente.

— Cette rapide analyse des principes du Code Civil relatifs à la formation du contrat de vente, nous permet de conclure qu'en Droit français, jusqu'à la veille de la Loi du 16 novembre 1940, la vente est essentiellement consensuelle ; elle produit des obligations réciproques à la charge de chacune des parties contractantes ; elle est enfin, sans doute possible, et par le seul effet de l'échange des volontés, translatrice de propriété, à l'égard des contractants, la transcription étant indispensable pour que le transfert soit opposable aux tiers. Nous verrons plus loin, après un chapitre dans lequel nous examinerons les modifications apportées aux principes de liberté contractuelle du Code Napoléon, depuis le Code Civil jusqu'à nos jours, notamment sous l'effet du développement de la notion d'ordre public, si la nécessité actuelle d'obtenir une autorisation du préfet, antérieure au transfert de la propriété, a changé les caractères traditionnels de la vente d'immeubles.



CHAPITRE II

LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS ET LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DU CODE CIVIL AU RÉGIME INSTITUÉ PAR LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940

Les principes du droit des obligations ne sont pas permanents et immuables, comme certains ont tendance à le croire. Le simple fait d'être en présence d'hommes d'un milieu social déterminé fait apparaître que les principes régissant les contrats ne peuvent pas être immuables et fixés une fois pour toutes, quelles que soient les civilisations et dans une même époque, quelles que soient les sociétés.

Cependant, de grands juristes comme Saleilles, comparant le droit des obligations au droit des personnes et au droit de la famille, ont remarqué que « la matière des obligations est une partie essentiellement théorique et abstraite et se présente comme l'expression idéale de la logique juridique ». On a dit d'autre part, que la théorie de l'obligation, formée par les jurisconsultes de la civilisation romaine, d'ailleurs en plusieurs siècles, a été maintenue intacte à travers l'ancien droit jusqu'à nos jours. On affirme que les principes généraux dominant le droit des contrats ne se sont pas modifiés

au cours des âges et qu'au fond ce sont des applications particulières qui ont changé.

Il y a dans cette constatation, une vérité relative, si l'on compare le droit des obligations et des contrats aux autres parties du droit privé. L'on doit reconnaître que c'est celui qui est le plus stable, qu'en principe c'est celui qui évolue le plus lentement et c'est ainsi que l'on peut dire qu'il est commandé par les principes les plus permanents.

Cependant, une évolution du droit des obligations ne saurait être niée. La théorie des obligations est elle-même la traduction dans un certain monde, dans un certain domaine, des rapports économiques, des rapports sociaux et des rapports moraux entre les hommes. La façon de concevoir la forme obligatoire de l'acte juridique, la manière de mesurer l'efficacité des manifestations de la volonté individuelle, le rôle respectif que l'on donne à l'individu et à la Loi dans la formation des contrats, tout cela change avec les époques. L'évolution du droit des obligations s'est révélée notamment, d'une façon manifeste depuis le droit romain, sous l'influence de plusieurs événements dont trois au moins sont d'importance capitale : l'avènement du christianisme, la révolution française et les principes qu'elle a établis, enfin la révolution économique et sociale des ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles. « Le mouvement démocratique et social qui a transformé le droit français depuis 50 ans, dit M. le Doyen Ripert (1), a bouleversé la théorie de l'obligation. »

Il serait sans doute impossible d'analyser et de comprendre les décisions de la jurisprudence, si l'on s'en tenait à de pures considérations de techni-

(1) Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol. Edition 1943, par M. Ripert.

que. Il nous semble donc qu'il est nécessaire d'avoir toujours présent à l'esprit que le droit des obligations, dans une mesure qui lui est propre, bien loin de rester immuable, a aussi évolué, en subissant l'imprégnation de la société, au sein de laquelle il régit les contrats des particuliers ; c'est ce que nous allons rappeler brièvement dans une première section.

SECTION I. — EVOLUTION HISTORIQUE DES PRINCIPES DE LIBERTÉ CONTRACTUELLE ET D'ORDRE PUBLIC

On peut dire que lorsqu'il s'agit de préciser les principes fondamentaux gouvernant les contrats, deux tendances divergentes s'affirment ; il existe des nuances entre ceux qui se rallient à chacune d'elles, mais c'est un fossé large et profond qui sépare les deux doctrines.

La première de ces deux tendances est celle qui a prévalu dans ce qu'on appelle la doctrine classique, c'est-à-dire la doctrine des commentateurs du Code Civil de 1804. La plupart des auteurs du Droit Civil du XIX^e siècle sont partis de cette constatation que le Code Civil a institué un régime de la pleine liberté des échanges. Des échanges de produits notamment dont la vente est le contrat-type.

En 1804, au lendemain de la Révolution Française, les auteurs du Code ont consacré les principaux postulats qui avaient été à la base de la Révolution de 1789 et de la Déclaration des Droits de l'Homme. Ils partirent de l'idée que les hommes sont libres, puisqu'ils sont égaux en droits, qu'ils sont même souverains dans l'exercice de leur liberté, et que, en principe, ils ne peuvent avoir de liens

qui les entravent, si ce ne sont ceux qu'ils ont eux-mêmes consentis. Autrement dit, dans cette conception, on attribue une force particulière à la volonté pour lier l'homme. La volonté, dans cette doctrine, est l'élément essentiel de l'acte juridique, et cet acte juridique est lui-même la source fondamentale des obligations entre les hommes. Comme l'a dit Brissaud (2) : « L'ordre public étant mieux assuré, le pli étant pris de respecter le droit d'autrui, la connaissance de la Loi étant plus répandue ou plus facile à acquérir, on a pu laisser aujourd'hui aux particuliers une latitude dont ils n'auraient pas profité autrefois, même si elle leur avait été accordée. C'est là une des supériorités du régime d'Etat sous lequel nous vivons, par rapport au régime familial du passé. » Cela fut naturellement écrit bien avant la Loi du 16 novembre 1940 qui, comme nous l'avons indiqué au début de cette étude, et comme nous le constaterons plus loin, est une manifestation actuelle du régime d'Etat. Il n'est pas certain que les auteurs d'aujourd'hui estiment que cette loi et les dispositions qu'elle édicte, soient exactement une mesure heureuse, ni qu'elles constituent une supériorité sur la tradition juridique antérieure à sa promulgation.

Cette doctrine a plusieurs conséquences : d'abord, au moment de la formation du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté s'exprime par la liberté contractuelle des particuliers, c'est-à-dire par la liberté pour ceux-ci de choisir les clauses et les stipulations qui leur conviennent et également par la liberté des modes d'expression de la volonté. Il n'y a pas de formalisme, il n'y a plus de formes sa-

(2) Brissaud. Manuel d'Histoire du Droit Privé, p. 397. Edition 1935.

cramentelles. Dès lors, dès que les parties sont d'accord pour vouloir, il suffit que cette manifestation de volonté soit extérieurement saisissable, même, et cela n'est pas contradictoire, si elle est tacite, si elle est implicite ; les parties sont liées dans la mesure où elles l'ont voulu.

Dans cette conception, la liberté contractuelle sur le fond du droit et sur les modes d'expression de la volonté, ne rencontre qu'un seul obstacle : les règles impératives exceptionnelles que la Loi a pu formuler. Il y a en effet des cas où la volonté des individus peut se heurter à une volonté contraire du Législateur ; ce sont ceux où une Loi d'ordre public est venue porter atteinte à la liberté contractuelle des parties qui demeure la règle générale.

Une seconde conséquence est que le contrat est obligatoire entre les parties qui y sont soumises, comme une loi. Dès lors que les volontés des particuliers sont maîtresses, il faut accorder au résultat de leur rencontre et de leur échange, une force obligatoire pleine et entière. On fait remarquer, dans cette théorie, que dans l'article 1134 du Code Civil, le législateur a déclaré que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. Par conséquent le contrat doit avoir la valeur et la force d'une loi. Toute volonté est juste. Tout accord une fois appuyé sur deux volontés convergentes a la vigueur et la plénitude d'une Loi d'Etat. Et voici un important corollaire de cette règle : la force obligatoire du contrat s'impose non seulement aux parties qui l'ont contracté, mais aussi au juge, qui est ainsi, comme on l'a dit, une sorte de ministre de la volonté des particuliers et même au législateur.

Au début du vingtième siècle, au cours de la discussion d'une Loi, Waldeck Rousseau, alors Pré-

sident du Conseil, déclarait au Sénat : « Il y a dans « notre droit un principe constant, c'est qu'une « Loi ne peut rien ajouter ni retrancher à un contrat intervenu entre les parties. »

Plus récemment, M. Capitant déclarait (3) : « Le Code Civil, suivant la Tradition Romaine, « place au-dessus de tout la stabilité du contrat et « en fait une des bases de l'ordre social. » (4)

Par conséquent, dans cette doctrine, on met en évidence le caractère individualiste des principes du Code Civil pour en déduire l'effet tout-puissant de la volonté des parties, effet qui peut se résumer en une double proposition :

1° Liberté contractuelle absolue, sous réserve d'une interdiction législative expresse et déterminée, au fond comme en la forme, au moment de la passation du contrat.

2° Force obligatoire du contrat une fois formé, force qui s'impose non seulement aux parties contractantes, mais aussi au juge et même au législateur.

La seconde tendance naquit au cours du dix-neuvième siècle, c'est-à-dire nettement après la tendance classique née au lendemain du Code Civil. D'abord timide et hésitante, elle a pris, depuis une cinquantaine d'années, une force croissante, qui n'est pas près de décroître si l'on en croit ses dernières manifestations, dues, il est vrai, aux circonstances exceptionnelles que nous traversons aujourd'hui. Ces doctrines que l'on peut, en bloc, appeler

(3) Dalloz 1917, 2° Partie, p. 33.

(4) Voir aussi : Capitant : Dalloz Hebdo. 1934, et l'Édition 1943 du Traité élémentaire de Droit Civil, refondue par M. Ripert.

sociales, proclament l'antériorité du droit objectif, c'est-à-dire de l'ensemble des règles générales qui gouvernent la société, sur les droits subjectifs, c'est-à-dire sur les droits des individus, lesquels étaient tout puissants dans la théorie précédente.

Les tenants de cette doctrine, qu'ils préconisent le christianisme social, le solidarisme, le socialisme ou le collectivisme, remarquent que, si le Code Civil était en harmonie avec l'ensemble des institutions de 1804, les bouleversements sociaux qui se sont produits depuis lors, et les renversements de situations et de données qui en sont la conséquence, dans le domaine politique, dans le domaine économique et même, peut-on dire, dans certaines conceptions morales, ont entraîné un changement qu'ils prétendent complet, dans les prévisions des auteurs du Code. Comme le disait récemment M. l'Avocat Général Gavalda (5) : « Le malheur, ou le « bonheur, est que la vie est plus forte que toutes « les abstractions et que toutes les constructions de « l'esprit. »

Ces auteurs remarquent que l'égalité des droits des individus n'est que théorique et que, dans la réalité des faits, il existe une profonde et cruelle inégalité. Il paraît bien difficile de leur donner tort sur ce point. Comment parler d'égalité, disent-ils, entre un voyageur isolé et une puissante Compagnie de Chemin de Fer, la Compagnie du Métropolitain ou la S.T.C.R.P. ? Ils mettent donc au premier plan, non plus l'autonomie absolue de la volonté qui suppose, même dans la doctrine précédente, une égalité réelle entre les contractants, égalité qu'ils jugent impossible, mais l'idée de justice et surtout l'idée de

(5) Cour d'Appel de Paris. 16 mars 1943, Gaz.Pal. 27-30 mars 1943.

solidarité. Pour ces théoriciens, l'acte juridique n'a pas de valeur en soi et par cela seul qu'il a été voulu par les parties qui l'ont fait. Sans doute la volonté est-elle de l'essence même du contrat, mais il est nécessaire que cette volonté, qui s'exprime dans un milieu déterminé, soit conforme à la règle sociale du droit objectif. La véritable source du droit, ce n'est donc pas l'acte juridique en soi, c'est bien plutôt ce même acte juridique, en tant qu'il repose sur des principes conformes au droit objectif.

Quelles sont les conséquences de ce point de départ, d'abord au moment de la formation d'un contrat, ensuite quant à son effet obligatoire ?

La notion d'ordre public, qui prenait dans la théorie classique un aspect rigide et restreint, presque effacé, et certainement de second plan, occupe dans cette nouvelle théorie une place éminente, parce qu'il faudra, dans chaque cas particulier, examiner si l'acte juridique n'est pas contraire aux nécessités sociales du moment. Cet examen devra donc se renouveler pour chaque contrat, puisque les nécessités sociales sont naturellement variables dans le temps, n'étant que le reflet des mœurs des hommes dont elles sont la traduction. « Le libéralisme économique a fait place à une politique socialiste au sens large du mot, et plus précisément à une économie dirigée. Il n'est pas étonnant qu'il y ait eu un recul du contrat et une nouvelle conception des rapports obligatoires ». (6).

Les pouvoirs sociaux vont imposer des règles restrictives de l'autonomie de la volonté et de ses manifestations extérieures. Dans nombre de cas, le

(6) Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol. Edition 1943, par M. Ripert.

législateur imposera aux parties contractantes une manifestation réglementée de leur volonté, sous une certaine forme et en les obligeant à respecter certaines conditions.

En ce qui concerne l'effet obligatoire du contrat, les doctrines sociales prennent, à peu près exactement, le contrepied de la doctrine classique. Le rôle des particuliers est réduit, disent-elles, car dans beaucoup de cas, les effets des contrats sont réglés d'avance par le législateur, d'une manière impérative. Le juge reste le serviteur de l'intérêt général, de l'intérêt social, et non celui des parties, du contrat.

Alors que, dans la doctrine classique, le rôle du Législateur était réduit à satisfaire les désirs des parties contractantes, dans les limites du contrat qu'elles avaient librement choisi, il est prépondérant dans la deuxième conception. Le législateur peut contrôler à tout moment, si un contrat qui ne paraissait pas anti-social à une époque déterminée, ne revêt pas ultérieurement des caractères qu'il estime dangereux pour une société donnée ; même rétroactivement, le législateur peut ainsi modifier l'effet de certaines clauses de contrats antérieurement conclus. Les exemples sont nombreux ; pour ne citer que ceux que nous pouvons avoir actuellement sous les yeux, c'est ainsi que se justifient les moratoires et la législation sur les loyers. C'est en application de cette théorie, nous semble-t-il, qui accorde une si grande importance à la soumission des contrats à l'ordre public, qu'une décision récente, rendue justement en matière de loyers, précise que l'article 28 du Décret-Loi du 26 septembre 1939 s'impose aux parties liées par un contrat antérieurement conclu, même lorsqu'une clause formelle de ce contrat avait prévu les circonstances auxquelles

entend remédier cette disposition législative (7) :
« La clause du bail spécifiant que le bailleur ne
« prend aucun engagement quant à la fourniture
« du chauffage et se réserve même de supprimer
« cette prestation sans indemnité, ne saurait être
« opposée au droit que le locataire tient des dispo-
« sitions d'ordre public de l'article 28 e du Décret-
« Loi du 26 septembre 1939, qui fait au juge une
« obligation de réduire le loyer dans la mesure où
« celui-ci ne correspond plus aux avantages envisa-
« gés par le preneur lors de la conclusion du bail. »

Cet arrêt, qui casse un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 24 septembre 1941, lequel avait confirmé une ordonnance du Président du Tribunal Civil de la Seine, ne nous semble pas à l'abri de toute critique, dans l'interprétation qu'il donne de la convention passée entre les parties, mais il éclaire assez bien, selon nous, la théorie que nous venons de rappeler.

Cette rapide analyse nous a paru utile pour comprendre comment les choes de conceptions, se sont traduits dans le droit positif, notamment dans la législation et dans la jurisprudence postérieures au Code Civil.

Nous avons vu, en effet, que le principe de la liberté contractuelle, consacrée dans le Code Civil, s'est traduit par deux conséquences fondamentales : d'abord, l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la liberté, dans la volonté des parties qui peuvent, dans le fond du droit, créer par leur mutuel vouloir, le lien contractuel qu'elles désirent ; ensuite l'absence de formalisme, c'est-à-dire la réalité de

(7) Cass. Chambre Sociale, 31 décembre 1942, Gaz. Pal., 24 février 1943.

cette seule volonté pour obliger les contractants, en dehors de toute exigence de formes.

Cependant, ce principe de la liberté contractuelle, nous l'avons vu aussi, et il convient de le rappeler en terminant ce chapitre de transition, souffre des limites que l'on peut classer, avec les auteurs, en droit positif moderne, en quatre sources : d'abord, celles résultant du Code Civil lui-même ; ensuite celles qui ont été consacrées par la jurisprudence ou apportées par elle ; en troisième lieu celles qu'a apportées le groupement des intéressés, enfin celles apportées par le mouvement législatif, postérieur au Code Civil.

La limite à la liberté contractuelle, apportée par le Code Civil lui-même et qui intéresse plus particulièrement cette étude, est celle qui résulte de la notion d'ordre public. L'article 6 de ce Code dispose : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; l'article 1133 du Code Civil est une application de ce principe.

Dans la conception mise en lumière, immédiatement après la promulgation du Code Civil, la notion de l'Ordre Public apparaissait comme une notion légale, exceptionnelle et rigide. Mais cette notion d'ordre public s'est révélée, dans la jurisprudence, d'abord beaucoup plus indépendante des textes, ensuite beaucoup moins exceptionnelle, enfin beaucoup plus souple et beaucoup plus variable que ne l'avait conçue la doctrine classique.

Comme l'a fait observer en effet M. le Professeur Cassin (8) : « On ne peut pas dire que la notion d'ordre public soit plus exceptionnelle que la no-

(8) L'inexécution des contrats et ses suites. Cours de Doctorat, 1934-1935.

« tion de liberté. En réalité, il s'agit d'opérer, dans
« le contrat, une véritable répartition des compé-
« tences, compétences individuelles et compétence
« du pouvoir social, de l'autorité publique. Suivant
« le temps et les circonstances, variera le champ
« respectif de ces deux compétences, car l'ordre pu-
« blic est l'ensemble des principes d'ordre politi-
« que et social, économique et moral qui, à un mo-
« ment donné, dans une société donnée, apparais-
« sent comme fondamentaux. » Ainsi l'ordre public
n'aura pas le même domaine d'application à des
époques différentes et sous des régimes différents.

Depuis l'armistice, cette notion d'ordre public
s'est élargie par le fait des circonstances ; elle a pé-
nétré dans des domaines du droit où jusqu'alors la
liberté avait seule régné en maîtresse absolue ; nom-
breuses sont les lois qui en sont la manifestation
tangibile et la Loi du 16 novembre 1940 nous paraît
être une de ses manifestations les plus frappantes.

C'est sous le bénéfice de ces observations his-
toriques que nous allons étudier, dans les sections
suivantes, la Loi du 16 novembre 1940, ses carac-
tères et son but.

SECTION II. — LES TEXTES LÉGISLATIFS ACTUELS

La Loi du 16 novembre 1940, qui parut dans
le *Journal Officiel* du 12 décembre 1940 (9) fut mo-
difiée par la Loi du 22 janvier 1941 parue au *Jour-
nal Officiel* du 11 février 1941 (10), et par celle du

(9) Page 6078. Rectificatif J.O., 18 déc. 1940, page 6158.

(10) Page 678.

8 septembre 1941, parue au *Journal Officiel* du 23 octobre 1941. (11)

La Loi du 16 novembre 1940 a été rendue applicable à l'Algérie par le Décret du 20 mai 1941 paru au *Journal Officiel* du 22 mai suivant, sous réserves de quelques modifications de forme et adaptations, d'ailleurs heureuses ; cette même Loi a été étendue aux Antilles, à la Réunion, à la Guyane, à l'Inini et à Saint-Pierre et Miquelon, par le Décret du 30 mai 1941 paru au *Journal Officiel* du 3 juin 1941.

L'arrêté interministériel, prévu à l'article 6 de la Loi du 16 novembre 1940, destiné à fixer les modalités de l'autorisation préfectorale visée à l'article premier et de la déclaration mentionnée à l'article 4 de la Loi, porte la date du 22 janvier 1941, parut au *Journal Officiel* du 11 février 1941 (12) et fut modifié par l'arrêté du 9 septembre 1941. (13)

Voici les textes modifiés de la Loi et de l'Arrêté interministériel :

LOI DU 16 NOVEMBRE 1940, RELATIVE
AUX OPÉRATIONS IMMOBILIÈRES

Article premier.

Pour être valables, les mutations entre vifs, de propriété ou de jouissance, ainsi que tous les démembrements de propriété portant sur des immeubles ou des droits immobiliers situés en France et

(11) Page 4594.

(12) Page 679.

(13) Page 4599.

ci-après énumérés doivent être autorisés par le Préfet du Département du lieu où l'immeuble est situé :

1° Cession à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs, de la pleine propriété, de la nue propriété ou de l'usufruit autre que celle résultant du partage d'ascendants, d'une donation entre époux, d'une donation en ligne directe ou entre frères et sœurs.

2° Constitution de servitude.

3° Apport en Société.

4° Constitution d'hypothèque ou d'antichrèse.

5° Tout partage ou tout acte ou opération ayant pour effet de transmettre ou d'attribuer de quelque manière que ce soit à un associé ou à un tiers, la pleine propriété ou l'usufruit d'immeubles dépendant de l'actif d'une Société (Loi du 8 septembre 1941).

La disposition qui précède s'applique également aux baux d'une durée ferme supérieure à neuf ans.

Article second.

Tout acte ou déclaration constatant la réalisation de l'une des opérations visées à l'article premier, doit, à peine de nullité, mentionner le numéro et la date de l'autorisation préfectorale. A défaut de ladite mention, aucune formalité d'enregistrement, d'inscription ou de transcription ne peut être effectuée. La nullité est constatée à la requête du Ministère Public des parties ou de tout tiers intéressé.

Article troisième.

La présente Loi n'est pas applicable aux actes ayant acquis date certaine avant sa promulgation.

Article quatrième.

Tous les actes constatant la réalisation de l'une des opérations visées à l'article premier et ayant acquis date certaine entre le 1^{er} juillet 1940 et la promulgation de la présente Loi seront déclarés dans le mois qui suivra ladite promulgation. Cette déclaration doit être adressée à la préfecture par la partie à laquelle la propriété de l'immeuble ou le droit immobilier a été transféré. Seront punis d'une amende de 16 à 200 francs ceux qui auront contrevenu aux dispositions du présent article (Loi du 22 janvier 1941).

Est prorogé de deux mois le délai fixé à l'article 4 de la Loi du 16 novembre 1940 sur les opérations immobilières pour la déclaration de celles des opérations visées par cette loi qui ont été effectuées entre le 1^{er} juillet 1940 et la promulgation de ladite Loi.

Article cinquième.

Toute partie contractante à un acte prévu à l'article premier passé en violation des prescriptions dudit article, toute personne ayant encouru audit acte ou en ayant facilité la conclusion sera punie d'une amende de 100 à 1.000 francs. La peine sera d'un emprisonnement de un mois à un an et d'une amende de 1.000 à 10.000 francs si l'autorisation a été obtenue par fausse déclaration, interposition de personne ou par manœuvre frauduleuse quelconque.

Article sixième.

Un arrêté interministériel fixera les modalités de l'autorisation préfectorale visée à l'article premier et de la déclaration mentionnée à l'article 4.

Article septième.

Sont doublés les délais fixés par les articles 690, 696, 699, 708, 959, 960, 963, 965, 972 et 973 du Code de Procédure civile et 573 du Code de Commerce. Les extraits et les placards publiés en vertu des articles 696 et 958 du Code de Procédure Civile devront mentionner que seules les personnes qui ont obtenu préalablement l'autorisation du Préfet pourront se rendre adjudicataires.

Article huitième.

Des Décrets simples fixeront les conditions dans lesquelles le présent texte sera étendu, le cas échéant, à l'Algérie, aux Colonies, aux Protectorats et aux pays sous mandat.

ARRÊTÉ INTERMINISTÉRIEL DU 22 JANVIER 1941

Article premier.

L'autorisation requise pour la validité des opérations énumérées à l'article premier de la Loi du 16 novembre 1940 est demandée par la ou les parties qui acquièrent l'immeuble ou les droits immobiliers, ou qui sont preneurs du bail ou par leur mandataire. Cette demande, rédigée par écrit, comporte les mentions suivantes :

1° Les nom, prénoms, date et lieu de naissance, domicile, profession et nationalité des parties en cause, ainsi que leurs liens de parenté ou d'alliance et la qualité en laquelle chacune d'elles intervient dans l'opération (arrêté du 9 septembre 1941) ; les nom, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité du conjoint de l'acquéreur, s'il y a lieu, ainsi que leur régime matrimonial. L'acquéreur indiquera également si lui-même ou son conjoint sont, ou non, juifs au sens de la Loi du 2 juin 1941.

2° La nature de l'opération.

3° La désignation de l'immeuble ou des droits immobiliers qui font l'objet de l'opération, ainsi que la désignation cadastrale et la contenance pour les immeubles non bâtis.

Cette demande est rédigée en triple exemplaire sur papier libre. Elle doit être datée et signée et mentionner l'adresse de la personne à qui la réponse du Préfet doit être adressée. Pour les apports d'immeubles ou de droits immobiliers, à une société en formation, le projet de statuts, ainsi que la liste des fondateurs doit toujours être jointe à la demande, avec l'indication de leurs nom, prénoms et lieu de naissance, profession, domicile et nationalité. En cas d'augmentation de capital, de fusion par voie d'absorption ou de transformation de sociétés, il est produit, indépendamment des statuts, les procès-verbaux ou documents qui autorisent l'opération, et il est justifié des noms, domiciles et nationalités des administrateurs, directeurs ou gérants, associés en nom ou commandite, tant de la Société bénéficiaire de l'apport que de la Société dissoute ou apporteuse.

Les documents prévus par l'alinéa qui précède

sont également produits toutes les fois qu'une société est en cause.

Article deuxième.

La demande d'autorisation est adressée au Préfet du Département dans lequel est situé l'immeuble qui fait l'objet de l'opération.

Lorsque cet immeuble s'étend sur plusieurs départements, le Préfet compétent est celui du département dans lequel est situé le siège principal d'exploitation ou, à défaut, la plus grande superficie.

Article troisième.

Il est tenu, dans chaque préfecture, un registre sur papier libre, sur lequel les demandes d'autorisations sont inscrites, jour par jour, par ordre de numéros, sans blanc ni interligne ; le registre est arrêté chaque soir.

Dès leur réception, les demandes sont frappées du timbre à date de la préfecture. Il en est délivré un accusé de réception, rappelant la date et le numéro d'inscription au registre.

Le Préfet décide si l'autorisation est accordée ou refusée ; s'il en est besoin, il notifie à l'auteur de la demande, qu'il surseoit à la déclaration aux fins d'enquête.

Les trois exemplaires de la demande sont revêtus de la mention de la décision ; l'un est renvoyé par lettre recommandée à la personne désignée dans la demande pour le recevoir (Décret du 9 septembre 1941).

...A défaut d'une réponse du Préfet dans le délai de quinze jours pour le département de la Seine et de huit jours pour les autres départements, à

compter de la réception de la demande, l'autorisation est considérée comme accordée. Mention du défaut de réponse est faite dans l'acte ou dans le procès-verbal d'adjudication, auquel le récépissé délivré lors du dépôt de la demande reste annexé.

Article quatrième.

A titre exceptionnel et à charge d'en référer dès que possible au Ministre sous-secrétaire d'Etat à l'Intérieur, le Préfet peut déléguer ses pouvoirs d'accorder l'autorisation au Sous-Préfet ; ce dernier doit remettre au Préfet les pièces relatives aux décisions qu'il a prises, lorsque la délégation sera portée à la connaissance du public par voie de publication et d'affichage.

Article cinquième.

La déclaration prévue par l'article 4 de la Loi du 16 novembre 1940 et visant celles des opérations énumérées à l'article premier, qui ont été réalisées entre le 1^{er} juillet 1940 et la promulgation de cette loi, doit être effectuée par la ou les parties qui ont acquis l'immeuble ou les droits immobiliers ou qui sont preneurs au bail ou par leur mandataire.

La déclaration doit être faite même si cette personne a cédé par la suite l'immeuble, les droits immobiliers ou le bail.

Elle est rédigée en un exemplaire sur papier libré et doit comporter les mentions prévues à l'article premier ci-dessus. Ce document, daté et signé, est adressé au préfet du lieu de l'immeuble qui a fait l'objet de l'opération.

Article sixième.

Le présent arrêté sera publié au *Journal Officiel*.

La première impression qui se dégage de la lecture de ces textes successifs est que la Loi, conçue rapidement et mise en vigueur presque avec brutalité, est loin d'être parfaite. Sans doute est-il bon de modifier et de perfectionner un texte législatif. L'Empereur Justinien disait à Bassus, préfet du prétoire : « Nous n'hésitons pas à corriger nos lois, parce que nous cherchons toujours l'utilité de nos sujets. » (14)

Cependant, il eût été préférable que le domaine d'application de la loi et ses modalités fussent strictement définis dès sa promulgation le 12 décembre 1940. Cela aurait facilité sa compréhension et permis d'apercevoir le but poursuivi par le législateur. Car, chose remarquable, en une matière pourtant si importante du droit privé, le législateur n'a pas cru devoir s'expliquer sur les motifs de cette mesure législative.

SECTION III. — BUT ET CARACTÈRES DE LA LOI
DU 16 NOVEMBRE 1940

Ce n'est pas que cette loi soit absolument exceptionnelle ; on peut lui trouver des précédents dans la Législation Française et dans la matière même du droit de propriété. En effet, « l'idée de ne

(14) Nouvelle CXXVII. *Nostras leges emendare nos non piget ubique utilitatem subjectis invenire volentes.*

« pas permettre à quiconque, rappelle M. le Professeur Esmein (14 bis), d'acquérir des immeubles, ou d'en acquérir sans limitation, n'est pas « nouvelle ; on a songé souvent antérieurement à « l'interdire aux étrangers ou à certains d'entre « eux. Le droit français ne permet aux associations, « même reconnues d'utilité publique, de posséder « que les immeubles nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se proposent » (Loi du 1^{er} juillet 1901, articles 6 et 11).

Mais il n'en est pas moins vrai que, hors des restrictions précises et limitées dans leur objet ou dans leur sphère d'application, n'importe qui, avant la Loi du 16 novembre 1940, pouvait librement acquérir un immeuble, ou des droits sur un immeuble, conformément aux principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle que nous avons rappelés dans les chapitres précédents.

La Loi du 16 novembre 1940 a donc apporté dans cette partie du droit des obligations qu'est le contrat de vente d'immeuble, et dans les conventions qui s'y rapportent, un élément nouveau qui apparaît comme un retour en arrière, un retour à une forme moderne de formalisme, une atteinte certaine au libre droit de disposer de ses biens, tel que le Code Civil, dans les limites que nous avons précisées, l'avait établi. Et cela dans un but non apparent, sinon assez clair, tacite, sinon secret.

Car personne ne connaît encore actuellement le but exact que la Loi a voulu atteindre, alors qu'il eût été si facile, et si rassurant pour la grande majorité des Français, de le dire.

La Loi du 16 novembre 1940 en effet, a un

(14 bis) Esmein. De l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières. Gaz. Pal., 2 mars 1943.

caractère commun avec toutes les Lois promulguées depuis l'armistice de juin 1940 : c'est l'absence de publication des rapports présentés au Chef de l'Etat sur les Lois à promulguer. « Selon un usage plutôt « regrettable, dit M. L. Maguet (15), la Loi n'est « précédée d'aucun exposé des motifs ni d'aucun « rapport. Et même la presse n'avait nullement « prévenu ni préparé le public, sans doute parce « qu'elle ne savait rien ; tous les citoyens se sont « trouvés embarrassés pour comprendre et appliquer le texte légal. Les Préfets eux-mêmes sont « souvent indécis ; leurs errements et leurs exigences varient d'un département à l'autre. »

Il nous semble que la réponse à cette question dépend de la qualification que l'on peut donner à la Loi du 16 novembre 1940.

Si on la considère comme une pure loi de droit privé, son but n'apparaît pas clairement, mais cependant on peut lui trouver la même excuse que celle qui peut être valable pour les réquisitions en temps de guerre ; c'est la nécessité impérieuse du moment qui oblige le législateur à prendre de pareilles mesures.

Si, cessant de considérer la Loi du 16 novembre 1940 comme une loi de pur droit privé, c'est-à-dire cessant de considérer son objet proprement dit, pour s'attacher à sa nature particulière, on la frappe au contraire au coin d'une mesure administrative, d'ordre ou de police, il semble qu'en en restreignant sa portée, on puisse arriver à la concilier avec les principes du droit français des contrats qui, jusqu'à preuve du contraire, à fournir par le légis-

(15) L. Maguet. Opérations immobilières et assimilées soumises à l'autorisation préfectorale. Gaz. Pal. 1941, 2^e Sem. Doctrine, p. 11.

lateur, à la charge duquel en effet, en droit, la preuve incombe, sont toujours en vigueur, en vertu de leur caractère même de stabilité et de permanence que nous avons rappelé, en le tempérant, dans une section précédente.

C'est en effet, l'opinion dominante aujourd'hui, dans la doctrine, de considérer la Loi du 16 novembre 1940, comme une simple mesure de police, nécessitée par les circonstances, et qui ne doit pas survivre aux épreuves tragiques que la France traverse actuellement. C'est une manifestation de la notion de l'ordre public, qui est essentiellement variable, suivant les époques, ainsi que nous l'avons précisé plus haut.

Le caractère de mesure de police de la Loi résulte notamment, nous semble-t-il, du fait que le législateur a préféré la procédure administrative à la procédure judiciaire. S'agissant en effet de questions de propriété, il eût semblé juridiquement logique d'en réserver la connaissance à l'autorité judiciaire, gardienne tutélaire de la propriété. Si la Loi du 16 novembre 1940 avait le caractère d'une loi de pur droit privé, seul le Tribunal Civil aurait dû connaître de son application ; seul il aurait dû prononcer les sanctions prévues par la Loi. Cette compétence aurait d'ailleurs été accueillie avec plus de faveur. Non que les particuliers aient à se défier de la juridiction administrative ; mais la procédure de l'administration est secrète ; elle ne fournit pas de justifications à ses décisions ; et le Français aime bien savoir pourquoi on ne satisfait pas à la demande qu'il présente. Les décisions judiciaires qui sont presque toujours publiques et motivées, sont intangibles ; celles du Préfet peuvent varier, d'un département à un autre, d'une espèce à une autre. Mais, comme le but de la Loi, tel qu'on peut le déceler,

est avant tout social et économique, on peut prétendre, avec quelque raison, que l'administration en assurera plus exactement la protection. C'est le propre d'une mesure de police de sacrifier, sous une forme qui peut paraître arbitraire, l'intérêt des particuliers, dans le but, quelquefois atteint, de sauvegarder l'intérêt général.

Un autre caractère de cette loi, qui milite pour la faire ranger dans la catégorie des lois de police et de sûreté, est son caractère limité. Elle est limitée dans le temps et dans l'espace ; dans le temps d'abord, parce que, d'une part, l'article 3 précise que la Loi n'est pas applicable aux actes ayant acquis date certaine avant sa promulgation et que, d'autre part, l'article 4 stipule que les actes ayant acquis date certaine entre le 1^{er} juillet 1940 et la promulgation de la Loi seront simplement « déclarés » dans le mois qui suivra ladite promulgation. La Loi traite donc différemment des actes identiques, suivant qu'ils ont été régularisés dans le passé, dans la période immédiatement antérieure à la date d'application de la Loi, et postérieurement à la promulgation de cette Loi. S'il s'était agi d'une Loi de droit privé, elle se serait appliquée à tous les contrats indistinctement, sous la seule réserve de la notion du droit acquis.

La Loi est également limitée dans l'espace, puisqu'elle ne s'applique qu'aux mutations entre vifs et qu'à certains droits immobiliers portant sur des immeubles situés en France ; elle fut d'ailleurs ensuite étendue, nous l'avons dit, à l'Algérie et à certaines Colonies Françaises.

Le texte ne dit au surplus nulle part qu'il modifie les règles de droit en vigueur ; il ne modifie aucun article du Code Civil, qui continue à s'appliquer dans son ensemble, et ceci à la différence,

par exemple, de la Loi sur le divorce, ou de celle sur l'adoption.

La Loi du 16 novembre 1940 est donc, selon nous, une loi de police, une loi destinée à sauvegarder l'ordre et à empêcher certaines opérations, destinées à porter atteinte au patrimoine national, dont les immeubles et les droits qui s'y rattachent représentent un élément important, surtout en présence de l'incertitude de l'avenir. Elle fait partie de ces mesures que l'on pourrait appeler intermédiaires, par analogie avec le droit qui porte ce nom en histoire du droit français, mesures de transition entre le régime qui a pris fin avec l'armistice de juin 1940 et celui qui naîtra, la paix une fois rétablie.

Pour terminer cette étude des buts de la Loi du 16 novembre 1940, nous emprunterons au Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement (16), le passage suivant, qui nous paraît être une synthèse exacte de la question :

« D'après nos renseignements et d'après le « sens des enquêtes dont nous avons eu connais-
« sance, ainsi que des refus d'autorisation, il sem-
« ble que les buts de la Loi soient les suivants :

« 1° Favoriser nos nationaux et écarter les in-
« désirables étrangers.

« 2° Exclure les Juifs de la propriété immo-
« bilière.

« 3° Empêcher les sociétés immobilières d'a-
« cheter des immeubles importants et surtout des
« immeubles ruraux et, en général, empêcher tou-
« tes sociétés d'acquérir des immeubles étrangers
« à leur objet social.

« 4° Empêcher toute spéculation, tout acca-
« parement, et empêcher une hausse excessive des
« prix d'immeubles.

« 5° Favoriser ceux dont la profession justi-
« fie les achats immobiliers et notamment les cul-
« tivateurs exploitants ; empêcher les achats de
« terres cultivables par les capitalistes.

« 6° Favoriser l'accession à la petite propriété
« immobilière et les remembrements individuels. »

Malheureusement, en fait, le vœu du législa-
teur reste souvent lettre morte ; nombreux sont les
industriels ou les commerçants qui obtiennent faci-
lement l'autorisation préfectorale, grâce, le plus
souvent, à un concours monnayé.

La Loi du 16 novembre 1940, loi de Police,
étant une loi d'exception, née des circonstances ac-
tuelles, doit être, nous semble-t-il, interprétée res-
trictivement, et ne saurait, sans dommage et sans
méconnaître son esprit, être étendue à des espèces
qui n'y sont pas expressément prévues. Le Tribu-
nal Civil d'Arras, dans son jugement du 23 décem-
bre 1942, pose ce principe dans une question de
bail et il nous paraît faire une exacte interprétation
du but poursuivi par la Loi.

En ces temps troublés, il paraît certain que le
législateur cherche à protéger, sans doute au dé-
triment des intérêts particuliers, l'intérêt de l'en-
semble des individus, celui de la société ; cette ten-
dance est manifeste, non seulement dans le do-
maine des contrats, et la jurisprudence s'en fait vo-
lontiers l'écho. On relève notamment, et dans une
toute autre matière que celle qui nous occupe, deux
arrêts de la Cour d'Appel de Paris du 28 novembre

1942, statuant en matière de conversion de séparation de corps en divorce qui contiennent les motifs suivants, lesquels nous paraissent un signe des temps :

« Considérant que si la Société a pareillement « intérêt... (1^{er} arrêt) ». « Considérant... que la « persistance de l'état de séparation ne présente aucun avantage social... » (2^e arrêt).

Ces deux décisions procèdent d'une même idée : ce qui doit déterminer le juge, et à plus forte raison le législateur, dirons-nous, c'est moins la considération de l'intérêt particulier et privé des parties que celle de l'intérêt social. Le juge doit rechercher, avant tout, où réside l'intérêt social, en faisant abstraction des avantages et des inconvénients que, en l'espèce, la conversion, et d'une manière plus générale, la convention, peut présenter pour l'une ou l'autre partie... Mais lorsque la Loi est muette, elle ne doit pas être étendue et le principe de la liberté de la volonté des parties ne doit pas être mis en échec.

La Loi du 16 novembre 1940 a posé le principe que pour être valable, toute mutation entre vifs de biens immeubles ou de droits immobiliers doit être préalablement autorisée par le Préfet du Département de la situation de l'immeuble ou du droit immobilier. A lire l'article premier de la Loi, ce principe apparaît comme général et sans exceptions pour les contrats qu'il énumère.

Il y a cependant quelques points du domaine d'application de la Loi qu'il convient de préciser.

La Loi s'applique naturellement aux ventes d'immeubles passées entre étrangers, au sens extra familial du terme. Mais les ventes entre parents,

qu'elles soient faites de père à fils ou d'oncle à nièce par exemple, sont également soumises à l'application de la Loi, dès qu'il ne s'agit plus de transmission à titre gratuit.

Par contre, la Loi ne s'applique pas aux partages d'immeubles. En effet, le partage, de par son effet déclaratif, ne comporte en lui-même, ni transfert de propriété, ni, par conséquent, apparition d'un propriétaire nouveau. Et cela, même s'il y a des soultes importantes à verser, car le partage, même dans ce cas, ne perd pas son caractère d'acte déclaratif. Cela semble résulter du texte même de la Loi.

La Loi du 16 novembre 1940 ne fait aucune distinction entre les différentes catégories d'immeubles. Les mutations de toutes les sortes d'immeubles sont donc frappées par les prescriptions de la Loi, qu'il s'agisse d'immeubles ruraux ou urbains, agricoles, commerciaux ou industriels. Quiconque veut acheter un immeuble situé en France, doit donc, pour porter des enchères publiques ou acheter à l'amiable, être porteur d'une autorisation du préfet. Il est bien certain que d'un point de vue économique cette obligation, si elle influe peu sur les ventes amiables, est loin de favoriser les adjudications publiques ; il en résultera un trouble dans le fonctionnement de ces adjudications qui, en définitive, se traduira par un préjudice pour les vendeurs. Nombreux, en effet, la pratique le montre tous les jours, sont les amateurs qui viennent assister aux enchères, sans idée bien déterminée d'acheter. Ce sont des hésitants, des indécis, simplement parfois des curieux, qui deviennent souvent, dans le feu des enchères, des adjudicataires, poussés qu'ils sont par une sorte d'émulation collective. Les adjudications risquent ainsi de perdre beaucoup de

chances de réussite (17). Et cela est contraire au vœu de la Loi qui désire — et c'est la raison même des enchères publiques — que le bien mis en vente atteigne le plus haut prix possible. Il est juste de dire d'ailleurs, qu'à l'époque actuelle, et pour des raisons économiques faciles à percevoir, lesquelles tiennent notamment de la nature et des caractères des biens immobiliers, les immeubles se vendent bien souvent même très au-dessus de leur valeur véritable. Et nous avons dit que nous considérons la Loi du 16 novembre 1940 comme essentiellement transitoire, comme une manifestation du milieu actuel.

On conçoit, par contre, et c'est ce que précise M. le Professeur Voirin (18), que le régime de l'autorisation préfectorale ne soit pas étendu aux transmissions à cause de mort. Il serait en effet trop grave de frapper d'inefficacité les dernières volontés du défunt, puisque, par hypothèse, il ne peut plus prendre de nouvelles dispositions.

La Loi laisse également de côté, d'une façon expresse, certaines transmissions opérées au profit des proches parents ; il s'agit des partages d'ascendants, des donations entre époux, des donations en ligne directe ou des donations entre frères et sœurs.

Mais toutes les autres mutations à titre onéreux de la pleine propriété, nue propriété ou usufruit d'un immeuble, la constitution d'une servitude, d'une hypothèque ou d'une antichrèse, l'apport d'un immeuble à une société et même la conclusion

(17) Cf. Franck-Deysac. *Journal des Notaires*, 1941, p. 328 et Fauvel, idem, p. 44.

(18) Voirin. *La législation française en matière de Droit Privé*, de mars à avril 1941. *Rev. Trim. du Droit Civil*, 1940-1941, p. 351.

d'un bail d'une durée supérieure à 9 années, sont régis par la Loi nouvelle.

Cependant, quelques transferts de propriété immobilière sont soustraits à l'application de la Loi du 16 novembre 1940 : ce sont ceux que nécessitent la réorganisation et le remembrement de la propriété rurale ; pour ceux-là, en effet, l'obtention de l'autorisation préfectorale n'est pas nécessaire. Une autre exception à la Loi a été établie en matière d'aménagement foncier par l'article 34 de la Loi du 9 mars 1941 (19). Enfin, les cessions amiables ou non, faites en vertu d'un décret valant expropriation pour cause d'utilité publique ne sont pas davantage soumises au régime de l'autorisation du Préfet.

Dans la majorité des cas, l'autorisation sollicitée est accordée ou considérée comme telle, lorsque le Préfet ne répond pas dans le délai fixé. En cas de refus abusif d'ailleurs, il semble qu'il soit toujours permis, puisque nous sommes en matière administrative, de se pourvoir devant le Conseil d'Etat ; cela suppose, bien entendu, que l'on puisse rapporter la preuve de l'abus dont on se prétend victime. Il est plus simple aussi, si le refus paraît injustifié, de s'adresser directement au Préfet, en lui fournissant toutes les explications et les justifications nécessaires au changement de sa décision.

Quelques précisions ont été données sur les causes de refus. Le Ministre de l'Intérieur a transmis les directives aux préfets, d'abord, par une instruction confidentielle du 14 février 1941, puis, par une circulaire officielle du 23 octobre suivant.

Ces précisions, comme le rapporte M. le Professeur Esmein dans son article de doctrine : « De

(19) Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1941, p. 519.

l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières » (20) sont de deux sortes :

D'abord toutes les demandes d'autorisation présentées par des juifs doivent être refusées jusqu'à nouvel ordre et en application d'une décision du Commissariat Général aux Questions Juives. Des dérogations exceptionnelles sont d'ailleurs prévues et, dans ce cas, la demande doit être soumise au ministère. Ces dérogations s'inspirent de l'idée que, dans certains cas, l'on peut tenir compte d'une situation particulière digne d'intérêt, lorsque l'acquisition projetée ne risque pas d'exercer une influence fâcheuse sur l'économie nationale du pays dans les temps troublés qu'il vit.

En second lieu, des mesures spéciales sont prises en ce qui concerne les exploitations rurales. Elles ont pour but l'application d'un double principe : d'abord faire en sorte que la terre soit réservée aux professionnels, c'est-à-dire aux paysans. Ensuite, s'attacher au développement des petites propriétés. La raison en apparaît clairement, semble-t-il, en ces temps de disette, où le ravitaillement des habitants du pays est précaire par suite de l'état de guerre et de l'absence de relations économiques internationales : il est indispensable que la terre de France ait un rendement maximum. Pour cela il faut qu'elle soit cultivée par des spécialistes, les paysans, et qu'elle soit cultivée d'une façon intensive, ce qui risque, dans l'esprit de la Loi, de se mal réaliser avec un système agraire basé sur de trop vastes exploitations.

M. le Professeur Esmein fait toutefois remarquer que ces décisions relatives aux exploitations agricoles, appellent quelques réserves. En effet, si

pour une terre déterminée, aucun candidat agriculteur ne se présente, devra-t-on refuser l'autorisation pour un candidat non agriculteur ? Cela ne paraît pas être de l'intérêt du pays, qui désire qu'aucune terre ne reste en friche. Et si, comme le précise l'éminent Professeur, il est vrai que dans la culture maraîchère par exemple, la petite propriété soit favorable au rendement, cela ne l'est plus quand il s'agit de la culture des céréales ou des cultures industrielles.

L'application de la Loi et des interdictions qu'elle prononce tacitement doit donc être faite avec souplesse et largeur de vues ; nul doute que les administrations intéressées ne s'y emploient utilement pour le bien de tous. C'est ce qui fait dire à M. le Professeur Esmein : « Il est certain qu'une reviviscence de la paysannerie et un remembrement des exploitations doivent être poursuivies, et la Loi du 16 novembre 1940 peut être employée à ces fins. Mais il faut l'utiliser avec discernement. Une application brutale des règles telles que celles posées par la circulaire pourrait gêner les particuliers sans profit pour la nation ou même permettre à des commerçants enrichis par le marché noir d'acquérir des terres, sous prétexte qu'ils en possédaient déjà et les faisaient cultiver pour leur compte. »

La circulaire prévoit, en troisième lieu, le cas des commerçants ou des industriels qui disposent de capitaux, qu'ils ne peuvent actuellement employer dans l'exercice normal de leur profession et qu'ils destinent à l'acquisition de biens immobiliers. S'ils désirent les employer à l'acquisition de biens ruraux, l'autorisation leur sera en principe refusée ; nous avons déjà dit qu'en fait il en était malheureusement autrement ; mais s'il s'agit d'autres biens

immobiliers, l'autorisation doit leur être accordée, à moins qu'il n'apparaisse, et ce doit être le but de l'enquête administrative, qu'ils visent à réaliser une spéculation. Ce caractère de spéculation est d'ailleurs difficile à déceler, comme le dit M. le Professeur Esmein : « Actuellement, tout investissement
« est une opération de spéculation. On envisage
« sans doute qu'il y a opération spéculative, quand
« apparaît l'intention de revendre l'immeuble
« qu'on veut acheter. Mais un industriel qui place
« les sommes dont il dispose, parce qu'il ne peut
« actuellement les utiliser dans son commerce, a
« normalement l'intention de revendre quand l'activité sera de nouveau possible. »

Enfin, la circulaire posant en principe que tout achat en vue de réaliser un lotissement est une spéculation, prescrit aux préfets d'en référer au ministre si cette intention ressort des renseignements fournis par le demandeur à l'autorisation. Ces clauses d'exclusion au bénéfice de l'autorisation préfectorale ne paraissent pas limitatives ; elles ne sont plutôt que des exemples, lesquels, à dire le vrai, sont de nature à se présenter le plus souvent dans la pratique. Comme le fait encore remarquer M. le Professeur Esmein : « La Loi est inspirée par l'idée
« que la propriété d'un immeuble, quel qu'il soit,
« confère un pouvoir qui peut être exercé de façon
« utile ou préjudiciable pour la nation. Par suite,
« on peut envisager d'en exclure certains étrangers
« ou apatrides, comme naturellement insoucieux
« de l'intérêt national, ainsi que les personnes qui
« ont encouru des condamnations ou des mesures
« disciplinaires, de nature à les faire considérer
« comme de mauvais citoyens. Mais on entre par
« là dans la voie de faire des préfets des censeurs
« de la conduite des particuliers à un propos sans

« doute limité, mais qui fournit un précédent pour
« l'avenir. »

Il est bien évident que cette ingérence de l'État dans la propriété privée est indéniable et qu'elle est une manifestation précise du « dirigisme », méthode qui, jusqu'alors, s'était cantonnée dans le domaine purement économique. Les droits des individus sont sacrifiés à ceux de la collectivité et si cet aspect de la législation peut se concevoir et même s'excuser par des circonstances exceptionnelles et limitées dans le temps, il n'en est pas moins vrai qu'il est choquant et difficile à supporter, pour un esprit français habitué depuis des siècles à la lutte et au triomphe du principe de la liberté des droits des particuliers.

Si l'on quitte le domaine théorique pour pénétrer dans la pratique des affaires, on se rend rapidement compte que cette mesure y cause une gêne fort sensible et qu'elle y est unanimement critiquée. Sans parler des refus qui, s'ils évincent en principe des indésirables, peuvent quelquefois écarter des amateurs qui feraient de bons propriétaires dans l'État, il est certain que le simple retard apporté à la conclusion des contrats de vente, amiables et surtout judiciaires, risque d'évincer des amateurs sérieux, surtout si l'on songe que ces formalités entraînent à certains frais, quoique minimes. En matière d'adjudication publique notamment, où l'amateur n'est jamais certain de devenir acquéreur, puisque les enchères sont ouvertes à tous, certaines personnes, dont les moyens sont limités, hésiteront à exposer des débours qui ne leur seront pas remboursés, s'ils ne sont pas adjudicataires. Souvent, d'autre part, l'amateur attend la dernière minute avant de se décider ; il vient voir son conseil deux ou trois jours avant la vente, parfois la veille, quel-

quefois le matin même. Comment pourrait-il, dans ce court laps de temps, obtenir l'autorisation indispensable ? Sans doute est-il prévenu, dans les placards et les insertions, qu'il devra obtenir une autorisation, cette mention étant obligatoire aux termes de l'article 7 de la Loi ; mais la pratique des affaires montre que les amateurs ne font pas attention à cette clause, absorbés qu'ils sont par la désignation du bien mis en vente, sa contenance et sa mise à prix. Et souvent l'autorisation ayant été demandée, la réponse affirmative de l'administration ne parvient que très peu de temps avant la vente, quelques heures seulement, laissant le candidat acquéreur dans le doute et risquant, en cas de refus, de lui faire manquer d'autres occasions de placements qu'il considérerait comme avantageux. L'arrêté du 22 janvier 1941, qui fixe les modalités d'application de la procédure d'autorisation, modifié par celui du 9 septembre 1941, décide d'ailleurs, et c'est une modification heureuse, car elle réduit le retard, que si la réponse de l'administration n'est pas parvenue à l'intéressé dans les 15 jours du dépôt de la demande pour le département de la Seine (et dans les 8 jours pour les autres départements), l'autorisation doit être considérée comme accordée. Dans ce cas, la mention du défaut de réponse remplacera dans l'acte constatant la réalisation de la vente, la mention du numéro et de la date de l'autorisation prévue par la Loi. Seulement cet arrêté permet, et dans la pratique cela se produit souvent, notamment quand le demandeur à l'autorisation est une société, de surseoir à la décision aux fins d'enquête ; si bien que dans ce cas, le défaut de réponse dans les délais précités ne peut être considéré comme une autorisation tacite, et dans nombre d'adjudications, les trois bougies rituelles s'allument et

s'éteignent, que certains amateurs attendent encore les résultats de l'enquête de l'administration.

A propos de la nécessité pour les sociétés d'obtenir l'autorisation du préfet, certains auteurs, M. L. Maguet par exemple, dans son article cité plus haut, regrettent que « les compagnies et les sociétés « de premier ordre, ayant rang ou réputation d'organismes nationaux, soient soumises au régime « commun ».

Il semble cependant que si l'on admet que la Loi du 16 novembre 1940 est une mesure de police, elle doit s'appliquer sans distinction à tout le monde, ne serait-ce que pour l'exemple. Et si l'on prétend qu'elle est une véritable loi de droit privé, ce que nous ne pensons pas, à plus forte raison doit-elle s'appliquer sans distinction de personne, puisqu'alors elle transforme le principe de la formation du contrat de vente, en ajoutant aux conditions prescrites par le Code Civil, une nouvelle condition, l'autorisation du préfet. Tous les particuliers, toutes les personnes morales doivent y être soumis, le droit privé étant le même pour tous.

Il nous reste maintenant à étudier, dans le chapitre suivant, les répercussions de la Loi du 16 novembre 1940 sur la formation du contrat de vente d'immeubles sous ses différents aspects, à travers la doctrine et la jurisprudence.

CHAPITRE III

MÉCANISME JURIDIQUE DU CONTRAT DE VENTE D'IMMEUBLES SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940

Nous avons examiné dans le chapitre précédent les conditions d'application de la Loi du 16 novembre 1940. Il convient d'étudier maintenant comment fonctionne le mécanisme juridique du contrat de vente d'immeuble depuis la nouvelle loi et comment l'on peut concilier les principes généraux du Droit Français des obligations toujours en vigueur avec les formalités prescrites par la Loi du 16 novembre 1940.

Nous avons dit que pour qu'il y ait formation du contrat, il était nécessaire que l'on soit en présence de volontés concordantes de la part des individus qui contractent. Il ne suffit pas en effet, pour que le contrat existe, que chacun des contractants ait voulu réaliser ce contrat. Il ne suffit pas encore que chaque partie ait exprimé sa volonté de contracter. Il faut que chaque volonté, individuelle, ait pris conscience de la volonté du co-contractant. Le contrat va donc se former au moment où les deux volontés, exprimées d'une façon quelconque, et sans qu'il soit besoin qu'elles apparaissent manifestes, se seront accordées après s'être trouvées. Cela s'explique facilement ; c'est en effet à ce moment-là

que vont se produire des conséquences importantes. C'est au moment où l'acheteur et le vendeur ont terminé leurs entretiens et qu'ils sont d'accord, que l'on peut dire que le contrat de vente a pris naissance. Une fois l'accord conclu, l'acheteur va cesser d'examiner les autres propositions qu'il a pu recevoir comme aussi de solliciter de nouvelles propositions. C'est donc à partir de ce moment-là que la situation des parties va se trouver modifiée par rapport aux tiers.

Si l'on examine, en laissant de côté le contrat entre non présents, le contrat de vente d'immeubles entre personnes présentes, c'est-à-dire non pas seulement entre personnes se trouvant en face l'une de l'autre, mais aussi entre celles qui, quoique éloignées, correspondent par la parole (au téléphone par exemple) on est convenu que le contrat se forme à partir du moment où les parties se sont mises d'accord sur les clauses essentielles du contrat, c'est-à-dire, en l'espèce, sur la chose vendue et sur le prix. Cela est nécessaire, mais suffisant, aux termes mêmes du Code Civil, pour que le contrat soit formé. Il est sans importance que soient arrêtées les autres conditions du contrat, lesquelles sont accessoires, paiement du prix, livraison de la chose par exemple. La Loi, à défaut de stipulations particulières, a d'ailleurs réglé ces questions secondaires, au nom de la volonté présumée des parties. Ce point de vue trouverait, s'il en était besoin, une consécration jurisprudentielle, dans une décision récente du Conseil d'Etat (1) qui précise que l'immeuble dont l'Etat est devenu propriétaire par décret de nationalisation, doit être cotisé au nom de l'Etat, nonobstant le fait que la prise de possession dudit immeu-

(1) 10 février 1943, Gaz. Pal., 24 mars 1943.

ble ait été renvoyée à une date ultérieure, à fixer par arrêté ministériel. L'arrêteste note que cette distinction entre l'acte translatif de propriété d'un immeuble et sa prise de possession effective est très juridiquement fondée.

Il est fréquent, lorsqu'un contrat est conclu séance tenante, entre parties présentes, que les contractants dressent à l'endroit où ils se trouvent, pour matérialiser leur accord, un acte sous seings privés. En matière de vente d'immeubles, il est classique d'ajouter dans cet acte, la formule « qu'il sera en-
« suite, aussitôt que possible (ou dans un délai dé-
« terminé expressément), dressé un acte authenti-
« que pour constater la présente convention. »
Quelle est la conséquence de cette clause sur la validité du contrat ? Des contractants, qui n'entendaient pas donner suite à la convention, ont prétendu que le contrat passé par cet acte sous seings privés n'avait qu'un caractère essentiellement provisoire et ils n'en voulaient pour preuve que l'insertion de la clause susvisée. Dans cette conception, tant que l'acte authentique n'a pas été signé, chaque partie peut donc se retirer du contrat qui ne crée pas d'obligation.

Cette théorie n'est pas celle qui a été admise par la grande majorité de la jurisprudence. Il est d'usage d'admettre, en effet, en matière de vente d'immeuble, que lorsqu'on dresse un acte sous seings privés avec une clause spéciale prévoyant la rédaction d'un acte notarié, l'acte sous seings privés est obligatoire dès sa signature, entre les parties, à moins que celles-là n'aient formellement déclaré le contraire dans l'acte. L'accord des parties qui s'est manifesté est donc par lui-même productif d'obligations. Aucune des parties n'a plus dès lors le droit de prétendre renoncer à ce contrat et

de reprendre sa liberté. Car ce que les parties ont simplement voulu faire, en faisant dresser ultérieurement l'acte notarié, c'est donner à leur consentement de plus grandes chances de conservation, un moyen de preuve plus certain, par l'observation de solennités, comme l'insertion de l'acte au rang des minutes d'un notaire. C'est ce qui a été jugé par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 9 décembre 1930 (2). Dans cette espèce, d'ailleurs, la solution ne pouvait pas faire de doute, car les parties avaient pris le soin de préciser dans l'acte sous seings privés, que la propriété était transférée à l'acheteur dès le jour de la signature de l'acte sous seings privés.

Mais même quand une pareille précision ne figure pas dans l'acte, il semble bien que l'intention des parties, en dressant l'acte sous seings privés, soit de se lier dès sa signature. A quoi servirait-il autrement ? L'acte notarié peut donc être considéré comme un supplément de preuve que le caractère d'officier public du notaire rend particulièrement forte.

En matière d'adjudication publique, à quel moment la propriété passe-t-elle à l'adjudicataire ? Entre les parties, car vis-à-vis des tiers, c'est seulement quand le jugement a été transcrit aux hypothèques, « l'adjudicataire acquiert la propriété — » dit M. le Professeur Solus, à propos de la saisie « immobilière dans son cours sur les voies d'exécution (3) — par le seul effet du jugement d'adjudication et à compter de son prononcé. Les « principes du Code Civil (art. 1138) conservent ici

(2) Dalloz, R. P. 1931-I-1118.

(3) Cf. aussi M. César Bru, *Théorie et pratique des voies d'exécutions*.

« toute leur force ; la propriété se transfère, entre
« les parties, par le seul effet du consentement,
« l'intervention de la justice remplaçant ici le con-
« sentement que le saisi n'a pas donné spontanément,
« met, mais qu'il ne pouvait refuser. »

Ceci dit, nous allons voir maintenant quelles sont les interprétations doctrinales et jurisprudentielles de la Loi du 16 novembre 1940, quant à la formation et en l'absence d'autorisation préfectorale, à la validité des différents aspects du contrat de vente d'immeubles. Ce sera l'occasion de justifier la réminiscence par laquelle débute cette thèse, car nous verrons ce qu'ont fait d'une loi que le législateur voulait sans doute formelle, la doctrine et la jurisprudence.

La question de la validité de la vente d'immeuble et plus particulièrement du compromis de vente dont nous venons de parler, dans le cas de la non obtention préalable de l'autorisation préfectorale, a fait l'objet de nombreuses controverses en doctrine et de décisions contraires en jurisprudence.

Pour la clarté de l'exposé, nous diviserons ce chapitre en quatre sections ; dans une première section, nous étudierons la partie de la doctrine et de la jurisprudence qui préconise l'application stricte de la Loi, ce qui aboutit à dénier toute valeur à l'acte de vente et au compromis préalable à l'obtention de l'autorisation. Dans une seconde section, nous examinerons la théorie des auteurs et les décisions de jurisprudence qui distinguent dans le contrat de vente les obligations à la charge des contractants et le transfert de propriété, pour ne subordonner que ce dernier aux exigences du Législateur. Dans une troisième section, nous étudierons la fiction de la condition suspensive appliquée à la matière, moyen qui a pour but de tourner la loi et qui,

dans son application extrême, enlève toute portée à la disposition législative ; enfin, dans une dernière section, nous proposerons de nous rallier à la conception exposée dans la section seconde, mais en considérant l'autorisation à obtenir comme une nouvelle condition, au sens vulgaire du mot, s'ajoutant à celles exigées par le Code Civil.

SECTION I. — APPLICATION RIGOUREUSE DE LA LOI

A lire la Loi du 16 novembre 1940, il semble qu'il n'y ait pas d'hésitation possible ; elle paraît bien « imposer deux obligations distinctes, sanctionnées par deux nullités également distinctes » (4). La première de ces deux obligations est celle de solliciter et d'obtenir l'autorisation du Préfet. L'article premier de la Loi dit en effet : « Pour être valables, les mutations... doivent être autorisées par le Préfet... » Cette autorisation doit même être préalable pour les adjudications, ainsi que le précise l'article 7. L'article 5 implique la même exigence, puisqu'il prévoit des sanctions contre toute personne ayant passé un acte prévu à l'article premier, en violation des prescriptions de cet article. Pour M. le Professeur Voirin, dans son étude citée plus haut, le défaut d'autorisation est donc sanctionné « par la nullité de l'acte », c'est-à-dire de l'opération juridique elle-même, du « negotium ».

La seconde obligation édictée par la Loi est celle de mentionner dans tout acte ou déclaration

(4) Voirin. Législation française en matière de Droit Privé, de mars à avril 1941. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1940-1941, p. 351.

visées à l'article premier, le numéro et la date de l'autorisation préfectorale (article quatre). Et cela, la Loi le prévoit expressément, à peine de nullité de l'acte, c'est-à-dire de « l'instrumentum ». M. le Professeur Voirin estime dans ce cas que l'acte irrégulier ne peut ainsi servir de mode de preuve, mais que « l'opération juridique elle-même est valable « si l'autorisation a été en fait obtenue. »

Outre les sanctions pénales prévues par la Loi, dont l'examen ne ressort pas directement du cadre de cette étude, la Loi du 16 novembre 1940 prévoit donc, en dehors de la sanction civile générale, énoncée implicitement par l'article premier, qui déclare non valable l'opération juridique faite sans autorisation, une deuxième sanction civile dans son article second, lequel stipule que tout acte ou déclaration constatant la réalisation de l'une des opérations soumises à l'autorisation préfectorale doit, à peine de nullité, mentionner le numéro et la date de cette autorisation. C'est donc la nullité de l'acte qui est la sanction civile de l'opération immobilière passée sans autorisation.

La Loi paraît particulièrement sévère, car il semble bien qu'il s'agisse seulement d'un vice de forme. Mais le Législateur voulant que la Loi soit appliquée strictement, a prévu une sanction grave en cas d'inobservation des prescriptions édictées. La jurisprudence considère cette nullité comme d'ordre public, si bien qu'elle pourra être soulevée, la Loi le prévoit expressément, par tous et à tous moments.

La Loi stipule que l'acte ou la déclaration sera nulle, mais il paraît certain que la nullité frappe aussi le contrat, c'est-à-dire l'acquisition, la constitution d'un droit réel et non pas seulement l'écrit qui le constate. Il en résulte la conséquence sui-

vante : c'est que les parties ne sont plus tenues des obligations qu'elles avaient souscrites, le vendeur n'est plus obligé de livrer la chose, comme l'acquéreur n'est plus tenu de payer son prix.

Ce point de vue est également celui de M. le Professeur Esmein qui l'expose dans un article paru dans la Semaine Juridique et intitulé : « La Loi « du 16 Novembre 1940, soumettant les opérations « immobilières à l'autorisation du Préfet » (5). « L'article 2, dit-il, déclare l'acte nul, mais ne prononce expressément que la nullité de l'écrit qui « constate la mutation. Tout acte ou déclaration « constatant la réalisation de l'une des opérations « visées à l'article premier, doit, à peine de nullité « mentionner le numéro et la date de l'autorisation « préfectorale. Il ne peut cependant être mis en « doute que le contrat lui-même soit nul en tant « qu'il vise à réaliser entre les parties le transfert « de la propriété ou des droits immobiliers. Le cédant peut refuser de l'exécuter et réclamer la restitution de la possession ou détention s'il l'a « transmise, et l'acquéreur peut refuser l'exécution « de ses engagements. On ne peut croire, quel que « soit le but de la Loi, qui est certainement d'ordre « public, que le législateur n'ait voulu annuler que « l'écrit et ait voulu donner effet au contrat, quand « il est prouvé autrement que par lui. »

De nombreux procès s'étant engagés, la jurisprudence des Tribunaux d'instance, s'est en règle générale, comme le précise M. l'Avocat Général Laurens (6), orientée dans le sens d'une interprétation littérale et rigoureuse de la Loi nouvelle.

C'est ainsi par exemple qu'un jugement du Tri-

(5) Semaine Juridique, 1941-I-185.

(6) Gaz. Pal., 29-IX-43.

bunal Civil de Nantes, en date du 30 décembre 1941 (7), décide que la vente d'un immeuble par acte sous seings privés est nulle, du moment qu'elle n'a pas été précédée de l'autorisation préfectorale. Il en est de même du dépôt de cet acte effectué en l'étude du notaire, bien que l'acte de dépôt contienne l'indication de l'autorisation préfectorale obtenue postérieurement à l'acte sous seings privés.

Ce jugement exige que l'autorisation préfectorale soit obtenue préalablement à toute vente d'immeuble. Or, justement la Loi ne paraît pas avoir dit exactement cela, puisqu'elle réserve le mot préalable à son article 7, c'est-à-dire pour les ventes en justice.

D'autres décisions sont identiques, notamment un jugement du Tribunal Civil de Parthenay, en date du 4 juin 1942 (8) et un jugement du Tribunal Civil de Saint-Omer, en date du 30 mai 1942 (9).

Malgré une évolution de la jurisprudence vers une conception plus large de l'application de la Loi, ce point de vue rigoureux n'a pas complètement disparu ; c'est en effet ce que décide encore récemment un arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble, en date du 19 avril 1943 (10) :

« qu'au surplus... toute portée aurait dû être
« déniée à des lettres qui, échangées au sujet d'une
« vente d'immeubles et ne portant pas la mention
« prescrite par l'article 2 de la Loi du 16 novembre
« 1940 auraient répondu à la définition que donne
« ce texte des actes qu'il annule, dès lors que, ré-

(7) Répert. gén. prat. du Not. et de l'Enregistr., 1942. Art. 25.999.

(8) Idem. Art. 26.063.

(9) Gaz. Pal., 22-VII-42.

(10) Dalloz hebdo. Juillet 1943, Note 13-14.

« vèlant l'accord des parties sur la chose et sur le
« prix, elles auraient, nécessairement, à défaut de
« toutes réserves, notamment de sa régularisation,
« constaté la réalisation de l'une des opérations vi-
« sées à l'article premier ; qu'aucune condition sus-
« pensive dérogeant aux articles 1583 et 1589 du
« Code Civil ne saurait en effet être déduite des seu-
« les exigences de la Loi, sans affecter désormais
« tous les actes, mêmes authentiques, précédés ou
« non d'un compromis, avec cette conséquence
« inadmissible que l'annulation ne pourrait en être
« prononcée, l'enregistrement, du moins en droit
« fixe, refusé, ou la passation sanctionnée par l'a-
« mende, sinon quand l'autorisation préfectorale
« non mentionnée aurait cependant été au préalable
« et régulièrement obtenue. »

Et cependant, il faut bien comprendre, qu'en pratique, les parties se seront mises d'accord avant de demander l'autorisation du Préfet. Il est normal, en effet, qu'avant d'accomplir une formalité afférente à une opération déterminée, les futurs contractants se mettent d'accord sur le principe même de cette opération. D'ailleurs la Loi ne fait pas une obligation aux parties d'obtenir avant tout accord, l'autorisation de l'administration. Cela semble bien résulter de l'article 7 lui-même qui exige, pour les adjudications seulement, une autorisation préalable. Cela revient à dire, implicitement, que ce n'est pas nécessaire pour les mutations amiables.

Sous quelle forme devra donc se présenter l'accord des parties pour ne pas encourir les sanctions civiles ou pénales prévues par la Loi, et quel sera l'effet de ce concours des volontés ? « Ce à quoi
« la Loi fait obstacle, dit M. le Professeur Esmein,
« tant qu'il n'y a pas eu autorisation, c'est la muta-

« tion entendue comme le transfert de la propriété
« ou du droit immobilier. Une simple promesse
« d'effectuer la mutation ne porte pas préjudice aux
« intérêts que la Loi veut protéger, puisque les au-
« torités administratives peuvent empêcher ce pré-
« judice, en refusant l'autorisation. Et le texte de la
« Loi, en annulant l'acte ou la déclaration qui cons-
« tate la réalisation d'une des opérations visées par
« l'article premier, permet de dire que la simple
« promesse n'est pas nulle. »

Et la possibilité de cette promesse est fort im-
portante en soi, car l'on peut avoir à faire à un ven-
deur de mauvaise foi, qui se servira du prétexte du
défaut d'autorisation, pour refuser de donner suite
à l'opération envisagée, s'il pense notamment pou-
voir réaliser une vente à une tierce personne à des
conditions plus avantageuses.

Indépendamment de la simple promesse, le
contrat peut revêtir différentes formes. Les parties
ont pu s'entendre sur les conditions de la vente et
stipuler que celle-ci ne serait parfaite que lorsqu'un
acte authentique aurait été dressé. Dans ce cas, l'é-
change des consentements étant retardé jusqu'à la
rédaction de l'acte, il n'y a pas vente. M. Defre-
nois, dans son article « Les Ventes d'Immeubles, par
« acte sous seings privés et l'autorisation préfector-
« ale », paru dans le Répertoire Général pratique
du Notariat et de l'Enregistrement (11), estime que
dans ce cas, il n'y a pas non plus promesse de vente,
« aucun engagement n'ayant été pris et chaque par-
« tie restant libre de sa décision. Il n'y a qu'un sim-
« ple projet concernant une opération future et
« l'autorisation n'est évidemment pas nécessaire

(11) Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'En-
registrement, 1942. Article 26.091.

« pour la validité d'un tel acte. L'expression *com-*
« *promis* employée par la pratique, doit être en-
« tendue dans le sens très large, et d'ailleurs assez
« impropre juridiquement, de simple accord préa-
« lable dépourvu de toute force exécutoire, »

A côté du compromis, il y a aussi la promesse de vente qui peut être unilatérale ou synallagmatique.

a) promesse unilatérale : c'est seulement au moment où la promesse de vente se réalise, par la levée de l'option par celui qui en est le bénéficiaire, que l'autorisation préfectorale est nécessaire.

La jurisprudence contient de nombreuses décisions à cet égard ; elles considèrent la promesse unilatérale de vente comme nulle en tant que contrat, si la levée de l'option se réalise avant l'obtention de l'autorisation de l'administration. Nous en donnerons quatre exemples ; le premier est un jugement du Tribunal Civil d'Arras en date du 14 janvier 1942 (12) qui déclare que lorsqu'un bail a été fait avec promesse de vente et qu'avant l'expiration du délai fixé pour la réalisation de cette promesse, le locataire notifie au propriétaire son intention de la réaliser et lui fait sommation de comparaître, en l'étude du Notaire désigné, pour signer l'acte de vente, cette notification a pour conséquence de rendre la vente parfaite et que par suite elle doit, sous peine de nullité être précédée de l'autorisation préfectorale, sans qu'elle puisse être validée par ladite autorisation obtenue avant la réalisation de la vente devant notaire. Le second exemple semble procéder

(12) Gaz. Pal. 1942-I-82. Rép. Gén. prat. Not. Enregistr. 1942. Article 26.001.

d'un esprit plus large ; cependant il n'en est rien en réalité. Il s'agit d'un jugement du Tribunal Civil de Valenciennes, en date du 30 avril 1942 (13) qui déclare que si l'article 3 de la Loi du 16 novembre 1940 exige, à peine de nullité, que soient mentionnés la date et le numéro de l'autorisation du Préfet, c'est uniquement dans l'acte ou la déclaration constatant la réalisation de la vente. En cas de promesse de vente, l'acte par lequel l'acquéreur manifeste sa volonté de réaliser la vente et qui constitue l'accord sur la mutation de propriété, est régulier, bien qu'il ne mentionne pas le numéro et la date de l'autorisation, si cette autorisation « a été obtenue antérieurement ». Le troisième exemple est un jugement du Tribunal Civil de Saint-Omer en date du 30 mai 1942 (14). Il pose un principe très net : la Loi du 16 novembre 1940 a frappé d'une nullité absolue les actes pasés en violation de ses dispositions ; en conséquence, est nulle et de nul effet, en cas de promesse de vente, l'option signifiée avant que l'acquéreur ait obtenu l'autorisation préfectorale.

« Attendu que cette nullité est certaine ; que la
« Loi du 16 novembre 1940 a édicté une interdiction
« absolue d'acquérir à l'égard de toutes les personnes
« non munies d'une autorisation préfectorale ; que la nullité
« résultant de l'inobservation des dispositions nouvelles atteint à la fois la formation
« des contrats (Articles 1 et 5 de la Loi) et les actes ne contenant pas les mentions d'autorisation
« prescrites (Article 2) ; qu'il s'agit d'une nullité absolue, assortie de sanctions pénales, motivées
« par l'intérêt social et l'ordre public. »

(13) Gaz.Pal. 1942-I-272.

(14) Gaz.Pal. 1942, 24 juillet.

Il semble d'ailleurs que sur ce point le jugement ait commis une confusion. En effet, l'article 5 de la Loi ne paraît pas concerner la formation des contrats, mais bien les actes qui les constatent, l'*instrumentum* et non le *negotium*. Par contre, il est intéressant, car il fait ressortir le caractère social de la Loi nouvelle et l'esprit dans lequel elle a été établie.

Les vendeurs soutenant également que les acquéreurs avaient épuisé leur droit en une vente parfaite, le jugement continue :

« Attendu que cette objection n'est pas fondée ;
« que les demandeurs n'ont pas épuisé leur droit,
« car ils ont été paralysés dans son exercice ; que
« si, en principe, la vente est parfaite quand il y
« a accord sur la chose et sur le prix, il en est autrement dans le cas où une Loi impérative a restreint
« l'autonomie des volontés ; qu'il ne suffit pas en
« pareil cas de vouloir pour s'obliger : le seul consentement ne fait pas la loi des parties et le contrat intervenu, sans l'assentiment préfectoral, ne
« peut être parfait, car il est nul radicalement ; que
« par suite le droit d'option n'est pas éteint à la
« suite d'un premier usage resté sans effet. »

« Attendu par ailleurs, que les défendeurs ne
« peuvent invoquer contre les demandeurs, comme
« conséquence de la nullité, une déchéance au sens
« exact du terme, car elle n'est prévue ni par la convention ni par la Loi ; que le seul effet de l'acte
« nul est de rétablir les parties en leur état antérieur. »

« Attendu qu'il est vainement objecté que les
« personnes ayant consenti une promesse de vente,
« se verraient placées, par la signification répétée
« d'options nulles, dans un état d'incertitude pré-

« judiciaire ; que l'état d'incertitude est celui qui
« résulte toujours d'une promesse unilatérale. »

Le dernier exemple est un jugement du Tribunal Civil de Bar-le-Duc, en date du 2 février 1943 (15), qui précise qu'est nulle aux yeux de la Loi du 16 novembre 1940 la promesse de vente d'un immeuble levée par le bénéficiaire avant qu'il ait obtenu l'autorisation du Préfet, bien qu'il ait été stipulé qu'un acte authentique serait dressé après l'acceptation de l'acheteur et l'accomplissement des formalités administratives, car il n'en résulte pas que le transfert de propriété ne devait s'opérer qu'à cette époque ; l'autorisation préfectorale est nécessaire à peine de nullité de l'acte juridique lui-même et non pas seulement de l'acte instrumentaire.

« Attendu que la Loi du 16 novembre 1940
« édicte non seulement une règle de forme en obli-
« geant le rédacteur de l'acte instrumentaire à men-
« tionner le numéro et la date de l'autorisation pré-
« fectorale, mais également une règle de fond con-
« sistant dans l'obligation pour l'acheteur de se
« munir de cette autorisation ; que désormais la
« cession à titre onéreux d'un immeuble est subor-
« donnée : 1° au consentement des parties contrac-
« tantes ; 2° à leur capacité ; 3° à l'existence d'un
« objet faisant la matière de l'engagement ; 4° à
« une cause licite ; 5° à une autorisation préfecto-
« rale ; que l'absence d'un de ces éléments, notani-
« ment du dernier, entraîne la nullité non pas seu-
« lement de l'acte instrumentaire, mais de l'acte
« juridique lui-même ;

« Attendu, d'autre part, que ni l'Art. 1138 C.
« Civil, ni l'Art. 1583 n'ont été abrogés ; que dès

« qu'il y a accord sur la chose et sur le prix, la
« propriété est *ipso facto* transférée sur la tête de
« l'acheteur ; qu'il en résulterait donc, avec la con-
« ception généralement admise, que ce transfert
« serait possible malgré l'absence d'autorisation pré-
« fectorale ; qu'il suffirait que celle-ci arrivât au
« moment de la confection de l'acte instrumentaire
« (voir les décisions précitées), alors que celui-ci
« n'est qu'un écrit destiné à prouver un acte juri-
« dique ;

« Attendu qu'on ne saurait objecter l'art. 2 de
« la Loi qui sanctionne de nullité l'acte instrumen-
« taire « constatant la réalisation de l'une des
« opérations visées à l'art. 1^{er} », et non le *negotium*
« *juris* lui-même ;

« Attendu, en effet, que le législateur, à côté
« des conditions de fond résultant de la nécessité
« d'une autorisation administrative, a posé des con-
« ditions de forme dans la rédaction des actes ins-
« trumentaires ;

« Attendu en d'autres termes, que pour qu'une
« vente immobilière soit valable aux yeux de la Loi
« de 1940, une autorisation préfectorale est néces-
« saire à peine de nullité de l'acte juridique ; que
« pour que le titre qui constate cette opération
« puisse faire preuve, la mention de cette autorisa-
« tion doit y être faite à peine de nullité de l'instru-
« ment probatoire... »

Cependant, en contradiction avec ces décisions
fort nettes, un jugement du Tribunal Civil de Lille
en date du 19 juin 1942 (16), décide que le bénéfi-
ciaire d'une promesse unilatérale de vente n'est tenu

(16) Dans le même sens : Cour d'Appel de Rennes, du
1^{er} juillet 1942. Jurisclasseurs périodiques, 1942-XI-1961.

de justifier d'une autorisation préfectorale qu'au moment de la réalisation de l'acte de vente et que son acte de levée d'option, fait dans les délais, est valable, bien qu'il n'ait pas été précédé de cette autorisation.

Ce jugement se fonde sur deux raisons :

1° La Loi du 16 novembre 1940 exige une autorisation préalable pour les adjudications faites en justice ; elle est muette pour les mutations amiables ;

2° La vente existe indépendamment de l'acte qui la constate : la Loi exige simplement, dans un but de contrôle des opérations immobilières, que tout acte ou déclaration constatant la réalisation desdites opérations, contienne la date et le numéro de l'autorisation ; ce n'est pas faire échec à la Loi que de satisfaire à la formalité administrative qu'elle prescrit, après l'accord de volonté qui, ne s'étant pas encore extériorisé jusque-là, n'a pas nui au contrôle recherché.

Mais cette décision, outre celle citée en note, est pratiquement isolée.

Si donc, pour une raison quelconque, l'autorisation ne pouvait être obtenue avant la levée de l'option (expiration du délai de l'offre par exemple), il faudrait au moins, pour la validité de l'opération, que la notification faite par l'acheteur, soit faite sous la condition suspensive de l'obtention de l'autorisation du Préfet.

b) Promesse synallagmatique. Elle vaut vente, aux termes de l'Article 1589 du Code Civil.

« La promesse unilatérale, estime M. Defre-
nois, dans son article cité plus haut, bien que non

« prévue par le Code, existe. Cela résulte implici-
« tement des termes de l'article 1589 du Code Civil,
« qui précise que, lorsqu'il y a consentement réci-
« proque des deux parties sur la chose et sur le
« prix, — c'est-à-dire promesse synallagmatique —
« la promesse de vente vaut vente ; ce qui signifie
« donc, a contrario, que lorsque l'engagement n'est
« pas réciproque, la promesse n'étant qu'unilatérale
« ne vaut pas vente. Il n'y a donc pas de promesse
« synallagmatique de vente ; il n'y a que des ven-
« tes dans lesquelles les parties ont employé des
« termes inexacts, car dès qu'il y a échange de con-
« sentement sur la chose et sur le prix, il y a vente.
« En décider autrement serait violer l'article 1583
« du Code Civil. La précision apportée par l'article
« 1589 est donc surabondante. »

« Néanmoins, continue-t-il, ce texte n'est pas
« inutile, car il reconnaît d'une manière implicite
« les promesses de vente unilatérales, et il en ré-
« sulte clairement et sans aucune discussion pos-
« sible, que la promesse synallagmatique de vente,
« valant vente, réalise le transfert immédiat de la
« propriété. Elle n'est donc valable que si elle est
« précédée de l'autorisation préfectorale ou à défaut
« affectée d'une condition suspensive de l'obtention
« de cette autorisation. »

Il est certain que lorsqu'il y a accord des parties sur la chose et sur le prix, il y a vente parfaite, puisque les conditions prévues par l'article 1583 se trouvent réunies. Il en est ainsi même quand la possession ou la jouissance de l'immeuble vendu n'est pas immédiatement transmise à l'acheteur ; nous en avons trouvé une illustration dans la jurisprudence administrative elle-même, celle du Conseil d'Etat. La situation est la même si le prix n'a pas été payé

ou s'il doit l'être dans un certain délai déterminé. La même solution doit être donnée si la vente est affectée d'une condition suspensive, puisque les effets de la condition réalisée rétro-agissent au jour de la convention qui en est affectée. « Tel serait le cas, précise M. Defrenois, par exemple, si la vente était conclue sous la condition suspensive de la rédaction d'un acte authentique. La vente serait nulle si elle n'était pas précédée de l'autorisation préfectorale. On peut même se demander si une telle condition ne devrait pas être considérée comme une condition purement potestative, dont la nullité entraînerait la nullité de tout le contrat. » Il nous semble qu'en l'espèce, il s'agisse plutôt d'une condition mixte, et non pas d'une condition purement potestative, étant donné que sa réalisation dépend à la fois de l'une des parties, l'acquéreur qui doit la solliciter, et d'un tiers, le Préfet qui a le pouvoir de l'accorder.

Cette idée de la nécessité d'une autorisation préfectorale en matière de promesse synallagmatique, se retrouve dans d'assez nombreuses décisions jurisprudentielles.

En voici deux exemples. D'abord un jugement du Tribunal Civil de Bourg, en date du 28 avril 1942 (17). Il s'agissait, en l'espèce, d'un compromis passé devant notaire, avec indication que la vente serait régularisée par acte authentique dans le délai d'un mois. Le vendeur demandeur en nullité, disait que l'autorisation du Préfet n'ayant pas précédé la promesse de vente, celle-ci était nulle :

« Attendu d'autre part que la promesse de vente synallagmatique vaut vente ; que le transfert

(17) Gaz.Pal. 24 juillet 1942.

« de propriété a lieu dès l'instant que les parties
« sont d'accord sur l'objet de la vente et sur le prix
« et alors qu'aucune condition suspensive n'affecte
« le contrat, ce qui est bien le cas en l'espèce ;

« Attendu en conséquence qu'une promesse de
« vente de cette nature est entachée de nullité si elle
« ne fait pas mention de l'autorisation préfectorale
« exigée par la loi susvisée. »

Le deuxième exemple, un jugement du Tribunal Civil de Valence, en date du 16 juin 1942 (18), déclare que l'acte synallagmatique aux termes duquel l'acheteur d'un immeuble, en vertu de la faculté d'offre faite par le vendeur, propose à celui-ci un prix qui doit être entièrement payé et quittancé le jour où l'acte authentique à passer devant notaire avant une date fixée pour l'entrée en jouissance, constitue une vente ferme et parfaite, alors surtout que ce concours de volontés est matérialisé par le versement immédiat d'un acompte sur le prix. Il s'ensuit que l'acte est nul si l'autorisation du Préfet n'a été obtenue que postérieurement. Le jugement note que s'il s'agissait d'une promesse de vente unilatérale ou d'une vente sous condition suspensive de l'obtention de l'autorisation, l'acte serait valable, sans autorisation préalablement obtenue. Mais la promesse synallagmatique valant vente est entachée d'une nullité d'ordre public si elle ne mentionne pas l'autorisation administrative :

« Attendu qu'aux termes de la jurisprudence
« de la Cour de Cassation, l'acte produit constitue
« le titre d'une vente définitive, opérant transfert
« de la propriété, la clause qui y est insérée relati-

« vement à la rédaction ultérieure d'un acte no-
« tarié, n'étant qu'une modalité d'exécution qui ne
« s'oppose pas à la perfection du contrat..., qu'il a
« déjà été jugé d'ailleurs que si la promesse est uni-
« latérale ou s'il y a vente sous condition suspen-
« sive de l'obtention de l'autorisation, l'acte est va-
« lable car il n'y a pas transfert de propriété, mais
« seulement promesse de transférer la propriété,
« que, par contre, si la promesse de vente est synal-
« lagmatique, cette promesse de vente vaut vente
« et, par suite, est entachée d'une nullité d'ordre
« public si elle ne mentionne pas l'autorisation pré-
« fectorale... »

Sans qu'il s'agisse d'une véritable condition suspensive, les parties ont pu vouloir que le contrat soit constaté ensuite par un acte authentique. « Il
« n'est pas douteux, dit M. Defrenois, que dans ce
« cas on se trouve en présence d'une vente parfaite,
« tous les éléments requis par l'article 1583 étant
« réunis, consentement des deux parties sur la cho-
« se et sur le prix. Une telle clause ne saurait con-
« férer à l'acte sous seings privés, le caractère d'un
« simple projet. (Cassation Civile — 9 décembre
« 1930 — Répertoire général pratique du Notariat
« et de l'Enregistrement. Article 22.853). » S'il ne
résulte pas clairement, soit des termes de la con-
vention, soit des circonstances de la cause, que le
vouloir des contractants a été de subordonner la
formation et l'efficacité du contrat à la rédaction
postérieure d'un acte authentique, la vente doit être
considérée comme parfaite, la clause prévue à l'acte
ne devant être considérée que comme une modalité
d'exécution du contrat de vente antérieurement et
définitivement formé. La jurisprudence a d'ailleurs
consacré cette solution par un arrêt de la Chambre
des Requêtes de la Cour de Cassation, en date du

4 mai 1936 (19), qui déclare que l'acte qui constate l'accord des parties sur la chose et sur le prix et qui prévoit l'entrée en jouissance immédiate de l'acquéreur, constitue le titre d'une vente définitive. La clause qui y est insérée relativement à la rédaction ultérieure d'un acte notarié n'est qu'une modalité d'exécution qui ne s'oppose pas à la perfection du contrat. En droit fiscal, un tel acte est donc immédiatement passible du droit proportionnel de mutation. La Cour confirme ainsi le Jugement du Tribunal Civil de Grasse en date du 8 janvier 1934, frappé de pourvoi pour violation prétendue des articles 4 et 22 de la Loi du 22 frimaire an VII, 30 de la Loi du 4 avril 1926 et 18 de celle du 3 août suivant, ainsi que des articles 1583, 1589, 1168 et 1181 du Code Civil.

« L'acte est donc nul s'il ne mentionne pas le
« numéro et la date de l'autorisation préfectorale,
« estime M. Defrenois, qui continue : C'est pour-
« quoi l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 décem-
« bre 1941 » (décision, nous le verrons dans la
section suivante, qui avait validé un acte sous
seings privés constatant l'accord des parties re-
lativement à la vente d'un immeuble qui devait être
réalisée postérieurement par acte authentique, en
l'absence d'autorisation du Préfet, motif pris de ce
que cette autorisation n'est imposée par la Loi que
lors de la réalisation de la vente), « renferme une
« contradiction certaine. En effet, après avoir posé
« en principe, que le législateur de 1940, n'avait ja-
« mais entendu faire table rase des principes de
« droit civil quant à la formation du consentement
« dans les affaires, après avoir déclaré — ce que

(19) Gaz. Pal. 1936-II-87.

« d'ailleurs personne ne songerait à contester —
« que l'autorisation préfectorale ne concerne que le
« transfert effectif de la propriété et que rien ne
« s'oppose à ce que les parties tombent d'accord au
« préalable sur les clauses et conditions de la con-
« vention envisagée, la Cour conclut que les termes
« de l'acte sous seings privés étant clairs et non
« équivoques, la réalité de la convention de vente
« est certaine. Par conséquent, contrairement à ce
« qu'a décidé l'arrêt, la validité de cette convention
« était subordonnée à l'autorisation préfectorale. De
« deux choses l'une, poursuit nettement M. Defre-
« nois, ou bien il n'y avait qu'un simple accord
« préalable non soumis à autorisation, mais alors
« il n'y avait pas vente, ou bien il y avait vente
« parfaite, comme l'a décidé la Cour, mais alors
« cette vente était nulle, si elle n'était pas précédée
« de l'autorisation préfectorale. Si on admettait la
« solution de la Cour de Bordeaux, cela aboutirait
« à dispenser de l'autorisation préfectorale, toutes
« les ventes passées par actes sous seings privés,
« contenant une clause prévoyant leur régularisa-
« tion par acte authentique, par le motif que ces
« conventions ne constitueraient pas à elles seules
« des ventes parfaites. Or, nous avons vu que la
« jurisprudence de la Cour de Cassation était en
« sens contraire. »

M. Defrenois nous paraît avoir raison dans la critique qu'il fait de l'arrêt de la Cour de Bordeaux ; mais la jurisprudence de la Cour de Cassation à laquelle il fait allusion, est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi du 16 novembre 1940. Sans doute les principes n'ont-ils pas changé. Mais — et nous le verrons plus loin — la Cour de Bordeaux, comme la grande majorité de la jurisprudence, s'est ingéniée à restreindre le plus possible le domaine

d'application de la Loi Nouvelle. Sa décision est certainement critiquable en droit ; elle l'est encore davantage par rapport à l'esprit de la Loi et au vœu du Législateur. Mais il faut bien avouer qu'en fait, elle correspond au désir unanime des contractants et il n'est pas interdit au juge, arbitre des parties, de tenir compte de cette considération.

M. Defrenois, qui veut appliquer la loi avec logique, laquelle n'est pas exempte d'une certaine rigueur, consent à laisser au juge l'interprétation de la convention, mais il demande que cette interprétation soit contenue en des limites précises : « Si
« l'on ne veut pas voir dans un grand nombre de
« cas, dit-il, les prescriptions de la Loi réduites à
« néant, il faut assigner à la notion de compromis
« un sens bien déterminé : celui d'un simple pro-
« jet dans lequel les parties se bornent à constater
« leur accord sur les clauses et conditions d'une
« opération qui devra être réalisée ultérieurement.
« Si en effet les juges du fond jouissent d'un pou-
« voir souverain pour interpréter les conventions,
« ce pouvoir ne s'exerce qu'à l'intérieur de certai-
« nes limites et la Cour de Cassation se réserve de
« contrôler si le sens des conventions, lorsqu'il est
« clair et précis, et ne porte à aucune ambiguïté,
« n'a pas été dénaturé, ou si la convention litigieu-
« se a bien reçu sa qualification exacte. Aussi les
« décisions des Cours d'Appel peuvent-elles, sui-
« vant les cas, être cassées pour contradictions de
« motifs (M. Defrenois pense sans doute à l'arrêt
« de la Cour de Bordeaux), manque de base légale
« ou violation de la Loi. » Et, poursuivant avec
énergie sa démonstration, M. Defrenois estime que
« c'est violer l'article 1583 du Code Civil, que de
« décider qu'il n'y a pas vente lorsqu'il y a eu
« l'échange de consentement sur la chose et sur le

« prix ; c'est violer l'article 1589 du même Code que
« de déclarer que la vente n'est pas parfaite lors-
« qu'il y a eu engagement réciproque de vendre et
« d'acheter un immeuble déterminé pour un prix
« donné ; c'est enfin, par voie de conséquence, vio-
« ler la Loi du 16 novembre 1940, que d'admettre
« la validité de ces actes, bien qu'ils ne portent pas
« la mention du numéro et de la date de l'autori-
« sation préfectorale obtenue préalablement. »

Et comme il sent que son interprétation de la Loi est rigoureuse, M. Defrenois reconnaît que sur le plan pratique, il est permis de regretter que des acquéreurs d'immeubles, de parfaite bonne foi, puissent ainsi être dépossédés du bien qu'ils viennent d'acquérir, et surtout que des vendeurs, dont la mauvaise foi est manifeste, recherchent et trouvent, sous prétexte d'appliquer la Loi, des occasions de spéculations parfois fructueuses, toujours éhontées, en revendant leurs immeubles à des prix plus élevés, alors surtout que le but de la Loi paraît être notamment, nous l'avons vu, de tuer dans l'œuf toute spéculation. Mais il estime que, malgré la valeur de cet argument, nul ne peut faire échec à la Loi. « On ne saurait, pour des motifs d'opportuni-
« té, dit-il, ainsi que l'a fort bien dit la Cour de
« Bordeaux dans son arrêt du 18 décembre 1941,
« faire table rase des principes de Droit Civil quant
« à la formation du consentement dans les affaires. »

D'accord, et présentée comme cela, il est difficile de résoudre autrement la question. Mais s'agit-il bien seulement « de motifs d'opportunité » ? Il est des règles morales qui dominent les problèmes juridiques et devant lesquelles les règles de droit, aussi strictes soient-elles, doivent fléchir, pour que la justice ne soit pas seulement la justice, mais qu'elle se confonde avec l'équité.

Ce premier aspect de la question peut donc se résumer ainsi : validité de la promesse unilatérale de vente ou du simple compromis, sans autorisation préfectorale préalable, cette dernière n'étant requise que pour la réalisation de l'opération. Nullité des ventes ou des promesses synallagmatiques de ventes, à défaut d'autorisation du Préfet.

SECTION II. — LA DISTINCTION DE LA CONVENTION
PRODUCTIVE D'OBLIGATIONS
ET DE L'ACTE TRANSFÉRANT LA PROPRIÉTÉ

Différente dans son point de départ comme dans ses conséquences apparaît la théorie exposée par M. Besançon, avoué à Vitry-le-François, dans son article publié par la *Gazette du Palais* (20), intitulé : Le compromis de ventes immobilières et la Loi du 16 novembre 1940.

Pour ce patricien, le défaut d'autorisation préfectorale ne peut vicier que l'acte constatant la mutation de propriété et non le consentement des parties à cette mutation, c'est-à-dire l'obligation pour le vendeur de transférer la propriété de l'immeuble lui appartenant à l'acheteur. M. Besançon remarque que « depuis la Loi de 1940, une fissure « s'est produite dans ce principe d'équité que la « convention fait la Loi des parties. En effet, au « moment où les parties semblent d'accord, l'ache- « teur n'a jamais sollicité l'autorisation préfectorale « prescrite par la Loi. Il la sollicite après le com- « promis pour signer l'acte notarié. »

Le point de départ de cette thèse est la distinc-

tion, dans le contrat de vente, de la création d'obligations à la charge des parties contractantes d'une part et du transfert de propriété d'autre part, éléments qui, pour les raisons historiques que nous avons rappelées ci-dessus, se trouvent confondues dans la législation française. Voici ce que dit M. Besançon à ce sujet : « La jurisprudence, par une confusion regrettable, a toujours raisonné comme si « transfert de propriété et contrat étaient nécessairement une seule et même chose. C'est en rétablissant cette distinction que la Cour de Bordeaux (21) s'est écartée de la voie suivie jusqu'à là. La réalisation de la vente, le transfert effectif « sont subordonnés à la législation nouvelle, non « la formation du consentement. Mais cet arrêt procède simplement par affirmation. Il convient de « préciser cette doctrine par l'analyse. »

Et c'est ici qu'apparaît le point essentiel de la théorie que nous examinons maintenant, théorie que l'on pourrait appeler historique et qui justifie la parole prononcée récemment par M. l'Avocat Général Gavalda (22) : « Le droit n'est-il pas beaucoup plus un produit de l'histoire que du raisonnement ? »

« La confusion, affirmée par les tribunaux, déclare M. Besançon, provient d'un oubli de l'évolution historique des principes qui ont précédé « la solution consacrée par les articles 1138 et 1583 « du Code Civil. En droit romain et dans l'ancien « droit, les contrats n'étaient nullement translatifs « de propriété, mais simplement — c'est leur effet « essentiel — productifs d'obligations. En droit ro-

(21) Arrêt déjà cité et discuté par M. Defrenois.

(22) Cour d'Appel de Paris. 16 mars 1943, Gaz.Pal., 27 mars 1943.

« main, le vendeur ne transmettait pas, par le con-
« trat de vente, la propriété de la chose vendue. Il
« s'engageait simplement à la transmettre, ce qui
« n'avait lieu qu'ultérieurement par les formalités
« de la mancipation ou de la tradition, à telle en-
« seigne, que le vendeur récalcitrant n'était jamais
« tenu que d'une action personnelle, d'une action
« pécuniaire et que l'acquéreur ne pouvait revendi-
« quer la chose vendue, tant qu'elle ne lui avait pas
« été mancipée ou livrée. Dans l'ancien droit fran-
« çais, la mancipation avait cessé d'exister, mais la
« tradition était toujours requise pour faire pro-
« duire au contrat de vente ses effets translatifs de
« propriété. »

C'est l'évolution historique que nous avons rap-
pelée dans le premier chapitre de cette étude. La
tradition d'abord réelle (dessaisine-saisine — veste
et déveste) devint fictive et l'on se contenta d'insé-
rer dans les actes les clauses relatives à la tradition
qui était censée avoir été faite. « Cette pratique,
« continue M. Besançon, était devenue tellement
« courante, que les rédacteurs du Code Civil ont
« consacré définitivement, par une disposition lé-
« gislative, la transmission de la propriété par seul
« effet du contrat, sans qu'il soit besoin d'avoir re-
« cours à une tradition purement fictive. »

On peut en déduire que la transmission immé-
diate de la propriété, qui est la règle en droit fran-
çais moderne, est une conséquence naturelle, mais
non essentielle du contrat de vente : « Puisque cette
« Loi (la Loi du 16 novembre 1940), dit M. Besan-
« çon, n'a nullement pour effet d'empêcher les par-
« ties de conclure un contrat de vente immobilière,
« mais de subordonner l'acte de transmission de la
« propriété à certaines formalités préalables, on

« doit conclure que, par le simple effet de la Loi
« nouvelle, la convention de vente préalable à l'au-
« torisation préfectorale n'est jamais plus transla-
« tive de propriété. Il n'est donc pas nécessaire pour
« les parties de stipuler expressément une déroga-
« tion au droit commun exprimé par l'article 1583.
« La nouvelle Loi s'est chargée d'y déroger. »

Cette conception est subtile, mais audacieuse ; car pour les auteurs classiques du droit privé français, il semble bien que le caractère translatif de propriété du contrat de vente soit de son essence même (23). Mais les conséquences de cette théorie sont intéressantes pour la pratique ; elles aboutissent à considérer comme nul le compromis de vente en tant qu'acte translatif de propriété et comme valable en tant que contrat productif d'obligations réciproques. L'acte qui entraînera le transfert de la propriété sera celui que les parties dresseront, le vendeur étant tenu de s'exécuter par le compromis, une fois l'autorisation préfectorale obtenue.

« En convenant d'une vente immobilière su-
« bordonnée à l'autorisation préfectorale et à la
« conclusion d'un acte constatant les éléments de
« l'opération, dit M. Pierre Raynaud (24), les par-
« ties ne font pas un acte vain. Cet acte vaut
« d'abord parce qu'il réalise l'accord des parties sur
« la chose et sur le prix, en un mot, le contrat de
« vente, qui ne suffit plus à transférer la propriété
« depuis la Loi de 1940, mais qui est tout de même
« une condition du transfert. L'acte vaut aussi par-
« ce qu'il contient l'engagement du vendeur de
« participer à l'établissement de l'instrument de

(23) Cf. plus haut : conception de Planiol et Ripert.

(24) Jurisclasseurs, 1942, N° 1775.

« preuve nécessaire. » Mais, de l'avis de M. Besançon, il faut aller plus loin, même en l'absence de condition stipulée expressément de par la Loi, et puisque la transmission de propriété est subordonnée à l'autorisation préfectorale, cette formalité devient, par nature, suspensive du transfert de propriété, c'est-à-dire de la réalisation d'une convention par ailleurs valable.

Il suffit de lire cet exposé pour se rendre compte de l'importance que ses auteurs donnent à la Loi du 16 novembre 1940. Ils en font une loi qui modifie profondément le droit français de la vente, qui, d'uni qu'il était dans la conception du Code Civil, se trouve démembré en deux parties, transfert de propriété d'un côté, obligations contractuelles de l'autre. N'est-ce pas beaucoup sacrifier à l'histoire et méconnaître l'aboutissement logique de l'évolution de l'institution qui tend vers la perfection par la synthèse de ses éléments ?

Quoi qu'il en soit, cette conception a eu un certain retentissement en doctrine. Elle a eu ses adeptes qui l'ont précisée et justifiée. C'est notamment le point de vue exposé, avec quelques modifications, par M. Perrodin, avoué à Nogent-sur-Seine, dans un article publié par la *Gazette du Palais* (25) et intitulé : la promesse de vente d'immeubles et la Loi du 16 novembre 1940.

Pour cet Officier ministériel, « si la législation « du Code Civil constitue la synthèse des législa-
« tions et usages antérieurs, la Loi du 16 novembre
« 1940 opère par elle-même l'analyse de la Légis-
« lation du Code Civil, puisque sur les deux élé-
« ments « contrat » et « transfert », réunis en une
« seule chose par le Code Civil, elle ne vise que

(25) *Gaz. Pal.* 22 juillet 1942.

« ce dernier. » Nous retrouvons ici la différenciation des deux éléments constitutifs du Contrat de vente.

Pour démontrer cette proposition, l'on peut invoquer des arguments de texte, des arguments de pratique et des arguments jurisprudentiels.

1° *Arguments de texte* : L'article 1^{er} de la Loi du 16 novembre 1940 vise les mutations et non les conventions de mutations. L'article second prononce la nullité des actes ou déclarations constatant la réalisation des opérations et l'article 4 reprend les mêmes termes. C'est donc seulement l'acte matériel, l'*instrumentum*, qui est déclaré nul, lorsqu'il constate la réalisation des opérations et cet acte-là seulement ; la validité du *negotium*, acte juridique créateur d'obligations, subsiste.

L'article 2 de l'arrêté du 22 janvier 1941, dispose que la demande d'autorisation doit être adressée au Préfet du Département dans lequel est situé l'immeuble qui « fait » l'objet de l'opération. M. Perrodin voit, dans cet emploi de l'indicatif présent, le signe que l'opération est en cours, qu'elle est commencée et qu'elle n'est point achevée. « L'autorisation préfectorale doit être sollicitée au cours de « l'opération, d'où la nécessité de faire l'analyse des « diverses phases de l'opération pour savoir quand « l'autorisation préfectorale doit être sollicitée. » Et d'après lui, cette analyse révèle deux phases : une phase préparatoire, qui est la convention proprement dite, c'est-à-dire l'accord des volontés des parties ; une phase d'exécution, qui est l'acte de vente lui-même opérant le transfert de la propriété. C'est entre ces deux phases que M. Perrodin place l'instant où l'obtention de l'autorisation du Préfet devient nécessaire.

Cette double distinction est ingénieuse, mais

il paraît hors de doute que le législateur n'y a pas songé. Et bien subtile est également la distinction proposée entre la mutation et la convention de mutation. Quant à celle de l'opération en deux phases, c'est bien ainsi qu'il nous semble que l'opération puisse être détaillée. Mais de deux choses l'une : ou la première phase est purement verbale, et elle n'est pas touchée par la Loi ; ou elle est concrétisée par un écrit, et si cet écrit ne prend pas le soin de réserver l'application des principes de la condition, qu'on la nomme suspensive ou résolutoire, il nous paraît atteint de nullité par la Loi du 16 novembre 1940, s'il se contente de mentionner, sans indiquer que l'autorisation préfectorale a été obtenue, que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix en application des stipulations du Code Civil.

2° *Arguments de pratique* : Dans sa demande d'autorisation au Préfet, l'acquéreur doit obligatoirement indiquer le prix, ou la mise à prix, s'il s'agit d'une vente publique, de l'immeuble qu'il se propose d'acheter, et ceci, bien que cette mention ne figure pas dans l'énumération des indications que doit contenir la demande, telle qu'elle résulte de l'arrêté du 22 janvier 1941. C'est en effet une exigence supplémentaire de l'Administration qui ne reçoit pas les demandes qui omettraient cette précision. Or, cela suppose que les parties sont d'accord avant de formuler la demande d'autorisation, non seulement sur la chose, mais aussi sur le prix, c'est-à-dire qu'il y a vente parfaite, d'après les principes mêmes du Code Civil. « Il en résulte nécessairement, conclut M. Perrodin, que la Loi du 16 novembre 1940, n'a pas voulu frapper de nullité cet accord des parties. » Cet argument est-il absolument péremptoire ? Ce n'est pas certain. L'au-

torisation n'est pas demandée par l'acheteur au vendeur, mais à un tiers, le Préfet. Cette autorisation sollicitée ou obtenue, rien n'empêche l'acheteur de continuer, dans les ventes de gré à gré, à discuter le prix de l'immeuble avec le vendeur ; on ne peut tirer argument de cette formalité pour estimer qu'il y a accord complet entre les parties. C'est ce qui se produira la plupart du temps, mais cela ne semble nullement obligatoire.

3° Arguments de jurisprudence.

D'assez nombreuses décisions, généralement des arrêts de Cours d'Appel, ont fait la distinction des deux éléments du contrat, transfert de propriété d'une part et obligations réciproques à la charge des contractants d'autre part, conformément à la conception sus-rappelée. En voici plusieurs exemples :

Et d'abord l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 décembre 1941 (26), dont nous avons déjà parlé dans la section précédente, l'arrêt qui fut fort critiqué par M. Defrenois. Cet arrêt estime que la Loi du 16 novembre 1940 régit la réalisation des opérations immobilières, en la faisant dépendre d'une autorisation préalable, mais que c'est manifestement faire abus de l'article 2 de la Loi que de soutenir que tout accord consenti avant l'obtention de la permission préfectorale est nul de plein droit. Seul demeure condamné par la Loi, continue l'arrêt, tout transfert effectif de propriété avant autorisation, c'est-à-dire l'acte lui-même qui ne mentionnerait pas le numéro et la date de l'autorisation accordée, rien ne s'opposant, par contre, à ce que

(26) Gaz. Pal. 1942-I-120. Rép. gén. prat. Not. et Enreg. 1942. Article 26.054.

les parties tombent au préalable d'accord sur les clauses et conditions de la convention envisagée. L'acte sous seings privés constatant l'accord des parties relativement à la vente d'un immeuble, qui doit être réalisé postérieurement par acte authentique est donc valable, bien qu'il n'ait pas été précédé de l'autorisation du Préfet, cette formalité n'étant imposée que lors de la réalisation de l'opération.

L'arrêliste de la *Gazette du Palais* note que cet arrêt s'écarte de la jurisprudence consacrée par les Tribunaux de première instance qui ont prononcé, nous l'avons vu, la nullité des actes sous seings privés de promesses synallagmatiques de vente, lorsqu'ils ne mentionnent pas le numéro et la date de l'autorisation. Cette jurisprudence est toutefois choquante en ce qu'elle permet, si l'on ne fait pas appel à la notion de condition suspensive, au vendeur de se délier des engagements qu'il a pris en pleine connaissance de cause.

Le second exemple est un arrêt de la Cour d'Appel de Besançon du 17 mars 1942 (27). Le compromis établi entre les parties relativement à une vente d'immeubles, dit cette décision, compromis qui ne mentionne pas la date et le numéro de l'autorisation du Préfet, est nul en tant qu'il constate le transfert immédiat de la propriété de l'immeuble; mais est valable en tant qu'il constate l'accord des parties sur l'immeuble et sur le prix de vente, ainsi que leur engagement réciproque de passer acte authentique de la vente par devant notaire. En conséquence, les parties peuvent, après avoir obtenu l'autorisation administrative, faire dresser l'acte de vente par le notaire indiqué dans le compromis. Cette dé-

(27) Rép. gén. prat. Not. et Enreg. 1942. Art. 26.094, page 243.

cision est conforme dans son principe à celle de la Cour de Bordeaux.

L'arrêteste estime qu'il ne saurait y avoir en cette matière de solution uniforme ; il préconise l'interprétation de la convention et l'application de l'article 1156 du Code Civil, qui conduit à rechercher l'intention véritable des parties. « S'il ressort
« de l'acte, dit-il, qu'elles ont voulu faire une vente
« parfaite, celle-ci est nulle, s'il n'est pas fait mention du numéro et de la date de l'autorisation préfectorale, alors même que l'acte contiendrait une
« clause aux termes de laquelle un acte authentique
« devrait être dressé. Mais il pourra y avoir seulement promesse de vente ; dans ce cas, l'autorisation préfectorale ne sera requise que pour la réalisation de l'option. Enfin, il pourra n'y avoir
« qu'un simple projet, dans lequel les parties contractantes constatent leur accord sur une opération qui sera réalisée ultérieurement : dans ce
« cas, elles gardent leur liberté et ne peuvent être
« contraintes à passer l'acte. »

C'est encore la même idée que nous retrouvons dans un arrêt de la Cour d'Appel de Caen du 7 juillet 1942 (28), qui distingue la Vente Judiciaire, que nous étudierons dans le dernier chapitre, de la vente de gré à gré.

« Considérant que si cette Loi exige l'autorisation préalable à toute adjudication publique, elle n'interdit pas en ce qui concerne les ventes amiables d'un immeuble, avant toute demande d'autorisation, les pourparlers entre vendeur et acheteur, la discussion et l'accord entre les parties sur les clauses et conditions du contrat, ni même la

« conclusion d'une vente ou d'une promesse de ven-
« te parfaite entre les parties, suivant les principes
« du Code Civil, dès que le consentement sur la
« chose et sur le prix est constaté ; qu'il apparaît
« nécessaire même que cet accord soit acquis au
« profit de l'acquéreur, afin qu'il puisse présenter
« utilement sa demande d'autorisation. »

« Considérant en conséquence que la vente
« d'un immeuble consentie avant l'obtention de
« l'autorisation préfectorale, ne doit pas être dé-
« clarée nulle, sous le prétexte qu'aux termes du
« droit civil elle serait devenue parfaite par le con-
« sentement réciproque des parties sur la chose et
« sur le prix et entraînerait le transfert de proprié-
« té, au moment même où la convention aura été
« contractée ; que la Loi du 16 novembre 1940 ne
« prohibe pas une telle convention, qu'elle ne porte
« pas nullité contre les actes qui constatent cet ac-
« cord, mais considère que la mutation entre vifs,
« parfaite entre parties, ne sera valable aux termes
« de l'article 1^{er} de la Loi que lorsqu'elle aura été
« autorisée par le Préfet ; que la vente sera, par une
« obligation légale, suspendue jusqu'à cet événe-
« ment dont la Loi la fait ainsi dépendre... »

Le quatrième exemple est également très net :
il s'agit d'un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 24
décembre 1942 (29) :

« Attendu qu'au début de l'application de cette
« Loi, la jurisprudence a été assez divisée, mais que,
« par contre, à l'heure actuelle, la jurisprudence do-
« minante et la doctrine sont d'accord pour estimer
« que dans une vente d'immeuble, il importe de
« distinguer, d'une part le contrat de vente géné-

« rateur d'obligations synallagmatiques et d'autre
« part le contrat opérant la mutation de propriété ;
« que le premier contrat est valable en tant qu'il
« produit des obligations respectives, même s'il
« n'est pas précédé de l'autorisation préfectorale,
« alors que cette dernière n'est requise que pour la
« mutation de propriété elle-même.

« Attendu en effet que la Loi du 16 novembre
« 1940, qui a pour but et pour effet de faire contrô-
« ler par l'Administration, la constitution de droits
« réels et spécialement les transferts de propriété,
« ne vise, en son article 1^{er}, que les mutations entre
« vifs de propriété ou de jouissance portant sur des
« immeubles... ; que l'article 2 de ladite Loi vise
« tout acte ou déclaration constatant la réalisation
« de l'une des mutations stipulées à l'article 1^{er}. »

« Attendu qu'en ces conditions, la nullité de
« l'instrumentum incomplet n'affecte que la preuve
« de la réalisation de cette mutation ; qu'elle n'a
« pas trait à la création d'obligations permettant
« d'exiger de l'autre partie qu'elle fasse le nécessaire
« pour obtenir l'autorisation et l'exécution de la
« vente ; que la vente, en son essence, comporte la
« création d'obligations réciproques qui peuvent
« n'aboutir qu'ultérieurement au transfert de pro-
« priété. »

« Attendu enfin que l'article 7 de la Loi du 16
« novembre 1940 exige pour les adjudications une
« autorisation préalable ; mesure qui se conçoit fort
« bien, l'adjudication en justice transférant immé-
« diatement la propriété à l'adjudicataire, ce qui
« empêche la dissociation du contrat en ses deux élé-
« ments, contrat générateur d'obligations et muta-
« tion de propriété ; que dès lors et si l'autorisation
« préalable est nécessaire pour les seules adjudica-

« tions, il apparaît que dans le domaine des con-
« trats, elle n'est nécessaire que pour l'acte défini-
« tif qui réalise la vente et opère la mutation de pro-
« priété, mais non pour les accords préalables à cet
« acte de réalisation et de mutation. »

Cet arrêt nous semble parfaitement résumer la conception qu'il propose. La note de l'arrêliste est également intéressante, car elle admet que lorsque le bénéficiaire d'une promesse de vente a notifié son acceptation et invité le vendeur à comparaître devant le notaire pour y rédiger l'acte authentique de vente, recevoir le prix et faire en général tout ce qui sera nécessaire aux dits effets, cette formule doit englober implicitement, mais nécessairement, l'observation des prescriptions de la Loi et la levée de l'option est valable, bien que l'autorisation ne soit obtenue que postérieurement.

Ce point de vue est confirmé, quoiqu'en des termes différents, par un autre arrêt de la même Cour d'Appel du 11 janvier 1943 (30) qui précise que la convention devient caduque par l'effet du refus de l'autorisation préfectorale et que dans ce cas le vendeur recouvre la libre disposition de son immeuble. Mais il ajoute que si l'acquéreur, sur une seconde demande, obtient l'autorisation du Préfet, il lui appartient de rapporter la preuve d'un accord des parties pour faire revivre les conventions frappées antérieurement de caducité. La Cour d'Aix se rallie donc à la jurisprudence que nous avons rappelée plus haut, en matière de levée d'option préalable à toute autorisation.

Il est à noter d'ailleurs, qu'un jugement récent du Tribunal Civil de Pont-l'Evêque, en date du 11

(30) Gaz.Pal. 2 mars 1943.

mars 1943 (31), estime qu'une décision préfectorale refusant d'autoriser la vente ne fait pas, par elle-même, la preuve de l'inefficacité du contrat; il existe, en effet, continue ce jugement, une garantie traditionnellement accordée à ceux dont les intérêts se trouvent lésés par un acte administratif, un recours gracieux à la suite duquel l'autorisation peut être accordée. Dès lors, si, à la suite de ce recours, intervient effectivement cette autorisation, le jugement précité estime qu'il n'est pas nécessaire, pour que la vente soit parfaite, qu'entre les deux décisions, la convention ait été réitérée, mais il suffit qu'elle ne se soit pas trouvée rompue par l'autorité de justice ou la volonté commune des parties (mise en demeure de l'acquéreur par exemple).

Le dernier exemple est un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon, en date du 30 novembre 1942 (32) qui dit notamment :

« Attendu d'une part qu'en vertu de l'article 1^{er}
« de la Loi du 16 novembre 1940, une vente d'im-
« meuble situé en France doit, pour être valable,
« être autorisé par le Préfet... ; qu'en vertu de l'ar-
« ticle 2 de la Loi, tout acte constatant la réalisa-
« tion d'une telle vente doit, à peine de nullité,
« mentionner le numéro et la date de l'autorisation
« préfectorale, qu'à défaut de ladite mention aucu-
« ne formalité d'enregistrement, d'inscription ou
« de transcription ne peut être effectuée ;

« Attendu que de ces dispositions combinées,
« il résulte la nullité, non de l'acte juridique opé-
« rant le concours des volontés du vendeur et de
« l'acquéreur (negotium), mais du seul acte instru-
« mentaire, constatant la réalisation de la vente et

(31) Gaz.Pal. 5-8 juin 1943.

(32) Gaz.Pal. 16 janvier 1943.

« destiné à être soumis aux formalités d'enregistrement et de transcription (*instrumentum*) ».

Et l'arrétiste de conclure qu'il y a lieu de condamner le vendeur à signer l'acte instrumentaire constatant la réalisation de la vente consentie par acte sous seigns privés, malgré l'absence d'autorisation préalable à cet acte, dès lors que ce vendeur n'a pu se méprendre sur la nécessité, selon la pratique courante des affaires, de l'établissement d'un acte authentique, constituant le titre de propriété de l'acquéreur.

Il faut avouer que ce dernier arrêt n'est guère probant, car, après avoir énoncé l'article premier de la Loi, qui subordonne à l'autorisation la validité de la convention, il semble ne se souvenir dans ses conclusions que de l'article 2 qui réglemente la réalisation matérielle de l'acte opérant le transfert.

On ne saurait en effet interdire à deux contractants de constater, dans un intérêt réciproque, l'accord de leurs volontés, afin que l'un puisse, le cas échéant, obliger l'autre à exécuter l'obligation qu'il a souscrite. Il s'agit bien là d'une obligation purement personnelle, assortie d'une action purement personnelle, qui n'a rien à voir avec un transfert de propriété qui ne peut donner lieu qu'à une action réelle. Et s'il existe des actions mixtes, c'est par suite de la conception des législateurs du Code Civil, qui n'a fait qu'une seule et même chose du contrat productif d'obligations personnelles et du transfert de la propriété. Cette théorie devra, en particulier, trouver son application dans le domaine des contrats par correspondance. Il apparaît en effet que la validité de l'acceptation de l'offre qui rend le contrat parfait entre les parties par leur accord de volontés (c'est la théorie dite de l'acceptation) ne peut

être subordonnée à l'obtention préalable de l'autorisation du Préfet. L'échange des points de vue et les discussions sur les conditions du contrat de vente d'immeubles ne peuvent avoir été interdits par la Loi du 16 novembre 1940, qu'ils aient lieu sous la forme verbale ou sous la forme écrite, et ce n'est pas parce que cette dernière forme est susceptible de constituer un moyen de preuve qu'ils peuvent être nuls.

Cette conception donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour déterminer, en analysant l'intention des parties, la nature exacte de la convention et le but poursuivi par les contractants. C'était déjà l'idée préconisée par M. Defrenois :

« Demande-t-on au Tribunal de constater la
« réalité de la vente, et en conséquence d'ordonner
« que le vendeur délivre l'immeuble à l'acheteur,
« l'action ne sera recevable que si l'autorisation
« préfectorale a été obtenue avant le dressé de l'acte
« de vente, et si cet acte contient les mentions vou-
« lues par la Loi, les juges ne pouvant plus déci-
« der, depuis la Loi du 16 novembre 1940, que le
« transfert de propriété a été accompli par le seul
« accord des volontés comme sous l'empire du seul
« Code Civil.

« Demande-t-on au contraire au Tribunal de
« faire respecter par l'une des parties, les obliga-
« tions contractuelles auxquelles elles ont souscrit
« par leur accord de volonté et en admettant que
« la preuve de cet accord soit rapportée, s'agit-il,
« par exemple, de contraindre le vendeur à trans-
« férer la propriété à l'acquéreur, obligation qui,
« si elle n'est pas indiquée formellement dans le
« Code Civil, est de l'essence même du contrat de
« vente dans lequel elle est sous-entendue, l'action

« doit être déclarée recevable. Le juge se bornera
« à indiquer, si l'autorisation préfectorale n'est pas
« obtenue lors de son prononcé, que le jugement
« ne pourra recevoir son exécution que lorsque
« cette autorisation aura été obtenue. »

Même si l'acte est nul, faute d'autorisation préfectorale, en tant que translatif de propriété, il doit être considéré comme valable en tant qu'il constate l'accord des parties, c'est-à-dire la formation du contrat, créateur d'obligations synallagmatiques. Et si on estime, avec M. Perrodin, que la nullité de l'acte translatif de propriété rentre dans le cadre d'application de l'article 1304 du Code Civil, sa nullité se prescrira par 10 ans, alors que celle du Contrat générateur d'obligations ne se prescrira que par 30 ans, ce qui revient à dire que l'exécution de ce dernier pourra être demandée après que se sera accomplie la prescription de l'acte de transfert considéré comme nul.

SECTION III. — LA FICTION DE LA CONDITION SUSPENSIVE

Nous en avons terminé avec l'examen de ces doctrines qui ont pour base la distinction dans le contrat de vente d'immeubles de deux éléments, le transfert de la propriété d'une part et les obligations contractuelles d'autre part. Il reste à exposer maintenant la thèse préconisée par M. le Professeur Esmein, dans son article, que nous avons déjà cité, paru dans la *Gazette du Palais* du 2 mars 1943, et intitulé : De l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières. Cette thèse, d'une clarté singulière, embrasse l'ensemble du problème et,

chose curieuse, alors que les auteurs précédents, bien qu'étant des praticiens, étendent le domaine d'application de la Loi qu'ils ont tendance à considérer comme une disposition législative modifiant le droit privé, et cela contrairement, semble-t-il, à un désir unanime des amateurs que la loi gêne, M. le Professeur Esmein, qui est un théoricien, semble avoir le désir de restreindre ce même champ d'application de la loi, pour le bonheur des fervents des opérations immobilières.

L'éminent professeur étudie successivement le compromis et la promesse de vente.

« Il est d'usage, dit-il, de faire constater par « acte notarié les opérations immobilières autres « que les baux. Mais même quand on a l'intention « de faire dresser un acte authentique, on rédige « généralement auparavant un écrit sous seings « privés constatant l'engagement, dès que l'accord « a eu lieu, pour ne pas être exposé à voir l'autre « partie renier sa parole. Cet écrit, appelé dans « l'usage, compromis, est la sauvegarde nécessaire « de la parole donnée, que plus d'un méconnaîtrait, « quand elle n'est donnée que verbalement. Il reste « nécessaire, sous le régime de l'autorisation. Or, « on ne demandera l'autorisation pour une vente « amiable que s'il y a accord préalable. Il est donc « utile que le compromis soit valable sans mention- « ner l'autorisation. »

Seulement, à lire le texte de la Loi du 16 novembre 1940, il est permis de penser que c'est chose impossible. La Loi ne dit-elle pas, en effet : « Pour « être valables, les mutations entre vifs... doivent « être autorisées par le Préfet (article 1^{er}). Tout acte « ou déclaration portant réalisation de l'une des « opérations visées à l'article 1^{er}, doit, à peine de

« nullité, mentionner le numéro et la date de l'autorisation préfectorale (article 2). » Ces dispositions semblent bien condamner le compromis préalable, qui est plus qu'un simple projet, car il se suffit à lui-même et crée des obligations à la charge de chaque partie.

On pourrait sans doute conclure un compromis conditionnel, c'est-à-dire dans lequel serait expressément prévue l'obtention de l'autorisation administrative, cette obtention jouant le rôle d'une condition suspensive. Mais dans ce cas, l'acquéreur ne peut pas faire acte de propriétaire, tant qu'il ne justifie pas avoir obtenu l'autorisation, qui est la condition mise par les parties à la naissance de son droit. C'est ce qu'avait développé M. le Professeur Esmein dans son article paru en 1941, aussitôt après la promulgation de la nouvelle Loi, article que nous avons déjà cité (33). Et ce système n'est pas contraire au but poursuivi par la Loi, puisque le transfert de la propriété, qui est conditionnel, ne s'opère que lorsque la condition est réalisée, c'est-à-dire quand l'autorisation préfectorale est obtenue.

On pourrait aussi se borner à faire un acte comportant simplement une promesse unilatérale de vendre ou de transférer la propriété. Cet acte ne viserait donc pas au transfert immédiat de la propriété et ainsi ne serait pas en contradiction avec l'article 1^{er} de la Loi. Le transfert ne se réalisera, en effet, que par la levée de l'option et c'est seulement cette levée d'option qui devra être précédée de l'autorisation préfectorale valablement obtenue. Mais il faut bien remarquer que dans ce cas, on ne se trouve pas en présence d'une vente parfaite ; il y a simplement promesse de vente unilatérale, avec

(33) Jurisclasseurs périodiques, 1941-I-185.

pour conséquence que le promettant est seul propriétaire tant que l'option n'est pas levée et qu'ainsi il peut vendre l'immeuble à un tiers, en ne respectant pas l'engagement qu'il a pris, ou retirer son offre par une déclaration formelle, si aucun délai n'avait été fixé au bénéficiaire pour lever cette option.

Il est à noter que l'Administration qualifie de « vente imparfaite », la vente conditionnelle, sous condition de l'obtention de l'autorisation préfectorale. Elle la considère comme valable sans autorisation, et elle enregistre l'acte seulement au droit fixe. Ce n'est que lorsque l'autorisation préfectorale est obtenue qu'elle perçoit le droit proportionnel de mutation, et elle le perçoit au tarif en vigueur au jour de l'obtention de cette autorisation et non au jour de l'acte enregistré au droit fixe.

Pour M. le Professeur Esmein, l'obtention de l'autorisation n'est d'ailleurs pas, à proprement parler, une condition, car toute condition est un événement futur et incertain, qu'il dépend de la volonté des parties de faire ou non se réaliser. Or, l'autorisation est une condition de la formation du contrat, aux termes mêmes de l'article 1^{er} de la Loi : « Mais cependant, dit-il, cela n'empêche pas que les parties puissent se lier dès maintenant l'une envers l'autre en subordonnant la formation définitive de l'engagement à l'obtention de l'autorisation. L'autorisation fonctionne alors comme une condition et il n'est pas dès lors incorrect de dire que l'on contracte sous condition d'obtention de l'autorisation. »

Nous avons déjà dit que cette condition nous semblait être une condition mixte, c'est-à-dire dont la réalisation dépend tout à la fois de la volonté de

l'une des parties contractantes et de celle d'un tiers, en l'espèce l'administration préfectorale.

Reste à déterminer à quelle date l'opération doit être considérée comme parfaite. « Si l'on applique
« à la lettre, dit M. le Professeur Esmein, l'article
« 1179 du Code Civil, qui stipule que la condition
« accomplit a un effet rétroactif au jour auquel
« l'engagement a été contracté, l'opération sera considérée comme parfaite, rétroactivement au jour
« de l'échange des volontés. Mais ce principe est
« aujourd'hui discuté en doctrine comme en jurisprudence. On ne le considère pas comme une règle impérative. C'est en effet une fiction, puisqu'elle fait remonter les effets de l'acte passé sous condition à une époque antérieure à l'arrivée de
« l'événement auquel son sort est lié. » Et il note d'ailleurs que les parties peuvent écarter cette fiction, en stipulant que, malgré la condition, les effets du Contrat ne rétroagiront pas. Cela a été jugé par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation en date du 10 janvier 1935. (34)

Si la notion de rétroactivité de la condition paraît nécessaire pour empêcher que les actes de disposition que peut accomplir le promettant, « pendente conditione », soient opposables à l'acquéreur éventuel, elle ne le paraît plus dès que l'on cesse d'envisager la protection des droits de ce dernier. On ne tient pas compte de l'effet rétroactif de la condition lorsqu'il s'agit de la charge des risques (article 1182 du Code Civil), de la perception des fruits et des intérêts, du sort des actes d'administration et de la purge des hypothèques (article 1673). Pour déterminer le point de départ d'une action en révision ou en nullité, il paraît donc plus rationnel

(34) S. 25-I-62.

d'envisager le moment où l'opération est définitivement close. Car, comme le dit M. le Professeur Esmein, c'est « alors seulement que se pose vraiment la question de savoir si l'on veut se dégager. » C'est aussi le point de vue fiscal : pour le paiement de l'impôt, c'est au moment où la convention est définitive que l'on se place.

En résumé, l'on peut donc prétendre que l'acte par lequel des contractants déclarent réaliser une opération immobilière, sous condition de l'obtention de l'autorisation préfectorale, n'est pas nul aux yeux de la Loi du 16 novembre 1940 ; une jurisprudence assez nombreuse a faite sienne cette conception et valide la vente faite sous condition suspensive de l'obtention de l'autorisation ou la convention non translatrice de propriété. En voici trois exemples : C'est tout d'abord un jugement du Tribunal Civil de Mende du 11 décembre 1941 (35) qui déclare que la vente d'un immeuble par acte sous seings privés est valable, bien qu'elle n'ait pas été précédée de l'autorisation préfectorale, du moment qu'il a été stipulé que « les acquéreurs seraient mis « en possession et jouissance des immeubles vendus à partir du jour où, après l'obtention de l'autorisation préfectorale voulue, les présentes seraient réalisées en acte public », cette clause ayant pour effet de faire considérer la vente comme ayant le caractère d'une promesse synallagmatique de vente, sous la condition de l'octroi de l'autorisation. Le vendeur doit donc être condamné à réaliser la vente par acte authentique dans un délai déterminé.

C'est ensuite un jugement du Tribunal Civil de Saint-Marcellin, en date du 14 août 1941 (36), qui

(35) Rép. gén. prat. Not. et Enreg. 1942. Art. 26.000.

(36) Gaz.Pal. 1941, 2^e Semestre, page 417.

rappelle qu'aux termes de l'article 2 de la Loi du 16 novembre 1940, toute vente ayant un caractère définitif, est frappée d'une nullité d'ordre public, si elle a été consentie avant l'obtention de l'autorisation imposée par cet article. Il suffit, pour qu'il en soit ainsi, que les conventions des parties aient toutes les caractéristiques de la vente, telles que les énonce l'article 1583 du Code Civil. Mais ce jugement ajoute que les ventes consenties sous la condition suspensive de l'obtention de l'autorisation légale, ou les conventions ne constituant pas un acte définitif de transfert, par exemple la simple promesse d'effectuer la mutation, échappent à cette nullité d'ordre public :

« Attendu qu'aucune raison majeure ne s'op-
« pose par contre à ce que les parties tombent d'ac-
« cord au préalable sur les clauses et conditions de
« l'accord envisagé et passent entre elles une sim-
« ple promesse d'effectuer la mutation ou bien en-
« core subordonne le transfert immobilier à la con-
« dition de l'octroi de l'autorisation préfectorale... »

Le troisième exemple est un arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes en date du 20 juillet 1942 (37), lequel est fort net, qui considère comme parfaitement valable un compromis de vente qui subordonne la réalisation de la vente, c'est-à-dire le transfert de l'immeuble, à l'octroi de l'autorisation du Préfet, envisagé dans l'acte comme condition essentielle à la perfection du contrat ; aucune des parties, s'étant liées volontairement, n'a donc le pouvoir, sans le consentement de l'autre, jusqu'à la réponse administrative attendue, de se désister du

(37) Gaz.Pal. 1942-II-178.

contrat qui deviendra parfait, dès que se réalisera la condition prévue dans le compromis.

« Considérant que l'intention des parties se
« dégage nettement de la clause insérée dans l'acte
« litigieux, selon laquelle l'acquéreur sera mis en
« possession et jouissance des immeubles vendus à
« partir du jour où, après l'autorisation préfectorale voulue, les présentes seront réalisées en acte
« public.

« Considérant qu'il appert de cette formule,
« qu'après s'être accordées sur la chose et sur le
« prix, les parties ont voulu se lier mutuellement,
« tout en faisant cependant de l'autorisation administrative envisagée une condition essentielle et
« nécessaire de la validité de l'acte public destiné
« à réaliser la vente... »

On peut également relever une décision identique, non plus en matière de vente parfaite, mais en matière de promesse de vente : elle n'est qu'une variante des jugements et arrêts précédents. Il convient toutefois de remarquer que, dans cette espèce, la condition mise par les parties à la réalisation de l'opération, n'est pas l'obtention de l'autorisation préfectorale, mais la rédaction d'un acte notarié. Il s'agit d'un jugement du Tribunal Civil de Nantes, en date du 19 mai 1942 (38), qui déclare que la promesse de vente, soumise à une condition n'entraînant pas un transfert de propriété, est valable sans autorisation.

« Attendu que, par application de la Loi du
« 16 novembre 1940, une telle convention (39) et
« l'acte qui la constate, seraient nuls, si les parties

(38) Gaz.Pal. 2 octobre 1942.

(39) La vente d'un appartement.

« n'avaient stipulé expressément que l'acquéreur
« ne serait propriétaire qu'à compter du jour où un
« acte authentique aurait été dressé.

« Attendu qu'il résulte de cette clause du con-
« trat que le transfert de propriété n'aurait lieu
« qu'après réception d'un acte authentique, de sorte
« qu'il importe peu, qu'antérieurement à l'établis-
« sement de cet acte... le défendeur n'ait pas été en
« possession de l'autorisation préfectorale prévue
« par l'article 1^{er} de la Loi du 16 novembre 1940 ;
« qu'en effet cette loi soumet à cette formule la va-
« lidité des mutations de propriété ou de jouissance
« entre vifs, c'est-à-dire les actes qui ont pour effet
« d'opérer un transfert de ces droits. »

C'est d'ailleurs le point de vue fiscal ; la juris-
prudence en cette matière a décidé en effet que les
ventes d'immeubles faites sous condition suspen-
sive de l'autorisation du Préfet doivent être enre-
gistrées au droit fixe. Le droit de mutation est perçu
sur l'acte constatant la réalisation de la condition,
à l'exclusion du droit de quittance. Une circulaire
ministérielle du 2 février 1942 a décidé que l'auto-
risation préfectorale, constituait un élément de va-
lidité et de perfection du contrat. (40)

Critiquant la théorie de la distinction dans le
contrat de vente de la convention productive d'obli-
gations et de l'acte transférant la propriété, M. le
Professeur Esmein estime que la base de l'argumen-
tation est bonne ; il affirme seulement qu'elle a be-
soin d'être précisée et qu'on peut lui donner une
forme sous laquelle elle trouve, en jurisprudence,
un précédent :

(40) Rép. gén. prat. Not. et Enreg. Article 26.006.

« La Loi du 16 novembre 1940, écrit-il, n'a
« pas eu pour objet une réforme du droit civil de
« la vente d'immeuble. Elle n'a qu'un but de po-
« lice : faire obstacle à l'acquisition par certaines
« personnes indésirables, de droits immobiliers. Il
« reste donc vrai que l'effet normal de la vente est,
« conformément aux principes du Code Civil, de
« transférer la propriété. Et le sentiment des par-
« ticuliers, formé par la pratique établie sous l'em-
« pire du Code, est que la signature du compromis
« rend l'acquéreur propriétaire. Il n'est donc pas
« pertinent, pour valider le compromis, de se référer à la possibilité, en législation, de concevoir
« la vente comme simplement créatrice d'obligation, puisque le droit du Code continue à la concevoir comme translatrice de propriété pour les
« choses individualisées. C'est la Loi du 16 novembre 1940 qui fait obstacle à ce que la volonté des
« seules parties réalisent ce transfert. Cette volonté
« existe. Les parties sont d'accord, quand elles signent le compromis, pour transférer la propriété :
« mais la loi, par l'exigence d'une autorisation préfectorale, fait qu'elles ne peuvent conclure cet
« accord que sous condition de l'obtention de cette
« autorisation. »

Cette thèse résume la question de la validité du compromis avec une clarté remarquable. Elle tient compte du caractère et de l'évolution du contrat de vente en droit français, et de la conception actuelle de ce contrat dans la législation d'aujourd'hui.

Comment alors concilier les dispositions de la Loi du 16 novembre 1940 avec celle du Code Civil ? Pour M. le Professeur Esmein, en considérant que le compromis comporte « tacitement » la condition que l'autorisation sera obtenue. Un Jugement du

Tribunal Civil de Mende du 28 mai 1942 (41) avait déjà adopté cette manière de voir : En l'espèce, la vente avait eu lieu par un acte sous seings privés, en date du 6 avril 1941 ; cet acte prévoyait que le prix serait payé lors de la conversion de l'acte sous seings privés en un acte authentique à passer dans un délai de 20 jours devant un notaire désigné. Le 8 avril, l'autorisation préfectorale était demandée et elle était obtenue le 9 :

« Attendu que l'acte sous seings privés du 6
« avril 1942, qui ne contient point la mention de
« l'autorisation préfectorale, mais renferme une
« clause expresse de sa conversion, sous délai de
« 20 jours, en un acte authentique, peut, malgré
« ses termes, s'analyser comme une promesse scel-
« lant déjà un accord dont la validité est indépen-
« dante de l'autorisation du préfet, jusqu'à ce que,
« celle-ci entre temps sollicitée et obtenue, inter-
« vienne l'acte authentique qui, réalisant vraiment
« la mutation, devrait obligatoirement être revêtue
« de la mention de son octroi.

« Attendu que, pour échapper, à défaut de la
« mention de l'autorisation préfectorale, à la nul-
« lité d'ordre public de la Loi du 16 novembre 1940,
« l'acte sous seings privés, constitutif d'une pro-
« messe de vente, ne doit point déjà réaliser la mu-
« tation, mais conférer seulement un droit condi-
« tionnel ; qu'il appartient aux juges, sous peine
« de s'enfermer dans les limites d'un formalisme
« étroit, de rechercher ailleurs que dans l'écrit muet
« à cet égard, la preuve de l'existence de la condi-
« tion suspensive, laquelle affectant la convention,
« la vivifie... »

(41) Gaz.Pal. 5 juin 1943.

Ce point de vue se trouve confirmé par un arrêt récent de la Cour d'Appel de Dijon, en date du 18 mars 1943 (41), qui admet la condition suspensive tacite de l'obtention de l'autorisation préfectorale, puisqu'il exige que cette autorisation soit alors demandée dans un délai très court :

« Attendu que la Loi ne s'oppose pas à ce que
« les parties, soit expressément, soit tacitement,
« aient subordonné le transfert de propriété à l'autorisation préfectorale ; que c'est dans ce sens que
« s'oriente la jurisprudence... ; que d'ailleurs une
« condition suspensive tacite, même si on l'admet
« comme devant être présumée, les parties ayant
« voulu faire un acte valable, suppose que cette autorisation sera demandée dans un délai très
« court... »

Mais la jurisprudence est loin d'être unanime sur la question : c'est ainsi qu'un Jugement du Tribunal Civil de Melun en date du 19 novembre 1941 (42) fait encore une application assez stricte de la Loi, puisqu'il n'admet pas la condition suspensive tacite de l'obtention de l'autorisation :

« Attendu que l'acte sous seings privés inter-
« venu entre les parties... est un acte de vente ferme et non pas de promesse de vente..., que les
« parties se sont mises d'accord dès le... sur la
« chose vendue et sur le prix ; que, par conséquent,
« dès cette date, la vente a été parfaite entre les
« parties ; que les conditions du paiement comptant et de la rédaction ultérieure d'un acte notarié ne sauraient en rien changer les caractères de
« l'acte dont s'agit.

(42) Gaz. Pal. 1941-II-478.

« Attendu que cet acte sous seings privés...,
« ne mentionne nullement la Loi du 16 novembre
« 1940 ; que par conséquent on ne peut voir dans
« cet acte une vente sous condition suspensive ta-
« cite de rapporter... l'autorisation préfectorale né-
« cessaire.

« Cette solution, note l'arrêliste, quelles que
« puissent être les critiques dont elle est susceptible
« au point de vue pratique, doit inciter les parties
« à insérer dans les compromis de vente à réaliser
« ultérieurement devant notaire, une clause préci-
« sant que la vente est conclue sous la condition
« suspensive que l'acquéreur obtienne, dans un dé-
« lai déterminé, l'autorisation préfectorale exigée
« par la Loi du 16 novembre 1940. »

« On objectera, dit M. le Professeur Esmein,
« que c'est une fiction, qu'il est artificiel d'ajouter
« à une convention, une clause qu'on aurait pu y
« mettre, mais qu'on n'y a pas mise. Et il est vrai
« qu'il y a là une part d'artifice, ou, comme disent
« les juristes anglo-saxons, une « construction ».
« Mais le droit est un art et de tout temps a utilisé
« des artifices pour procurer des solutions justes ou
« opportunes ! La construction, d'ailleurs, n'est ar-
« tificielle qu'en la forme et non quant au fond. En
« effet, les parties doivent être considérées comme
« ayant voulu faire un acte valable. Si le seul moyen
« de le faire était d'y insérer une condition, on se
« conforme à leur volonté, en suppléant celle-ci. Et
« l'on peut invoquer, sinon dans sa lettre, du moins
« par analogie, l'article 1156 du Code Civil : « lors-
« qu'une clause est susceptible de deux sens, on
« doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle
« peut avoir quelque effet, que dans le sens avec
« lequel elle n'en pourrait produire aucun » ; n'est-
« il pas juste, enfin, que la maxime : nul n'est cen-

« sé ignorer la Loi, joue en faveur des administrés,
« comme elle joue contre eux ? »

Et M. le Professeur Esmein, tire de la jurisprudence, un précédent fort intéressant, quoique dans une matière assez différente. Un office ministériel ne peut faire l'objet d'une cession dans l'assentiment de la chancellerie et la Cour de Cassation a décidé (43) que le traité de cession est toujours réputé conclu sous la condition suspensive de l'acceptation par le Gouvernement des clauses dudit traité comme du successeur présenté à son agrément. La Jurisprudence considère le traité de cession comme valable avant l'agrément du gouvernement, bien que ce soit cet agrément qui le rende parfait et efficace. Et M. le Professeur Esmein d'ajouter : « Dans
« les deux cas, c'est une règle de droit qui, sou-
« mettant à une autorisation des pouvoirs publics
« la réalisation de la cession, conduit à sous-enten-
« dre une condition suspensive pour que la conven-
« tion puisse en elle-même être valable. »

Il convient toutefois de noter que cette condition suspensive devra se réaliser dans un délai très bref ; autrement il semble que la nullité du compromis puisse être demandée, l'intention tacite des parties ne pouvant se présumer plus longtemps.

Quand l'autorisation est obtenue, la question se pose de savoir s'il est nécessaire de dresser un second acte, ou si le compromis originaire est suffisant pour transférer la propriété. La Loi du 16 novembre 1940 fait une obligation, dans son article second, de mentionner dans l'acte de vente le numéro et la date de l'autorisation obtenue. Il sem-

(43) Cass.Civ., 14 et 26 mai 1851. S. 1851-I-417. — Cass. Rep., 27 juin 1939, D.H. 1939-469.

ble donc, estime M. le Professeur Esmein, qu'il faille distinguer, suivant que l'on se trouve en présence d'une promesse de vente unilatérale ou d'une promesse de vente bilatérale. Dans le premier cas en effet, comme l'acte ne suffit pas par lui-même à transférer la propriété, et qu'il faut nécessairement que l'option soit levée, cet acte de levée d'option devra mentionner les numéro et date de l'autorisation. Dans le second cas, l'acte se suffit à lui-même et comme, par hypothèse, il ne contient pas les mentions exigées par la Loi, il semble que la rédaction d'un acte complémentaire soit nécessaire. Des auteurs, M. Trasbot par exemple (44), ont soutenu qu'il était suffisant d'inscrire en marge de l'acte original le numéro et la date de l'autorisation préfectorale postérieurement obtenue. M. le professeur Esmein se range à ce dernier avis et il en donne la raison suivante, en se référant aux principes généraux des contrats : « Lorsqu'une autorisation est
« exigée, dit-il, pour la perfection d'un acte, on
« n'a pas coutume d'exiger que la déclaration de vo-
« lonté faite avant l'autorisation, soit refaite après
« que celle-ci a été obtenue. Ainsi, le contrat d'a-
« doption n'a pas à être refait après l'homologation
« par le Tribunal. La situation est toute différente
« quand il s'agit d'autoriser quelqu'un, manquant
« de capacité ou de pouvoir, à passer un acte avec
« un tiers qui ne donnera son consentement qu'a-
« près l'autorisation ; c'est le cas des actes passés
« par des incapables ou par leurs représentants lé-
« gaux. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, on
« suppose que les parties ont donné leur accord et
« qu'aucune condition de validité ne manque hors
« l'autorisation préfectorale ».

(44) Jurisclasseurs périodiques, 1942-I-284.

Cependant, pour que la Loi ne reste pas lettre morte, il paraît certain que l'enregistrement de l'acte, son inscription ou sa transcription seront refusés tant que n'y figureront pas le numéro et la date de l'autorisation ; c'est la raison pour laquelle il semble nécessaire d'inscrire en marge de l'acte originaire les mentions exigées par la Loi et justifiant que l'autorisation est obtenue. Cette mention en marge peut être faite à la demande d'une seule des parties contractantes, celle qui y aura intérêt.

Les partisans de l'application stricte de la Loi ne manqueront pas de trouver qu'une pareille conception en réduit singulièrement le domaine. Il est bien certain que les sanctions pénales ou civiles prévues par la Loi interviendront moins souvent que si le compromis était purement et simplement considéré comme nul, à défaut d'autorisation. Mais, comme le fait remarquer M. Trasbot, (45) cette conception n'est pas exorbitante du droit commun. Il est en effet toujours possible, en droit civil, de donner à un acquéreur sous condition suspensive, la jouissance de la chose vendue. Par conséquent, si au moment où il est entré en possession, l'acquéreur sous condition, demande l'autorisation, on est mal fondé à prétendre qu'il est de mauvaise foi et cherche à tourner la Loi ; il ne fait que s'y soumettre en sollicitant l'autorisation du Préfet. Il en serait autrement, si, alors qu'il est en possession de la chose vendue, il ne sollicitait pas cette autorisation dans un délai très bref ; son attitude serait équivoque, donnerait à penser qu'il essaye d'échapper aux rigueurs de la Loi et justifierait l'application des sanctions prévues.

Il faudra donc, et ce n'est certes pas facile, ap-

(45) Jurisclasseurs périodiques, 1942-I-284.

précier l'élément intentionnel de l'acquéreur. élément qui, s'agissant d'un acte juridique, peut, comme le dit M. le Professeur Esmein, être prouvé par présomptions de l'homme.

Reste la question de la validité des promesses unilatérales de vente, question dont nous avons déjà parlé dans les sections précédentes.

Tout le monde paraît d'accord pour estimer que de telles promesses sont valables, sans autorisation préfectorale, mais la question qui se pose est celle de savoir si l'autorisation du préfet doit intervenir avant la levée de l'option ou si elle peut n'intervenir qu'après.

La jurisprudence, dans sa majorité, mais non à l'unanimité affirme que la déclaration d'option doit être précédée de l'autorisation préfectorale, et elle se fonde sur le principe de droit, d'ailleurs incontestable, qui stipule que c'est au moment où la levée de l'option parvient au bénéficiaire, que l'échange des volontés s'étant produit, la vente se trouve parfaite.

M. le Professeur Esmein est d'avis de se rallier à la jurisprudence dominante ; en faisant application des principes du Code Civil qui stipulent que la levée de l'option rend la vente parfaite. En cas de levée d'option conditionnelle, l'on peut soutenir d'ailleurs que les effets de la condition doivent rétroagir au jour de la levée d'option, car c'est à ce moment que le contrat est né et avec lui les droits de l'acquéreur qui ne saurait être privé de ce laps de temps, de la levée de l'option au jour de la réalisation de la condition, pendant lequel il était déjà propriétaire.

Si l'on admet, avec M. le Professeur Esmein, la condition suspensive tacite dans le compromis de vente, muet à l'égard de l'obtention de l'autori-

sation prévue par la Loi du 16 novembre 1940, il semble qu'on puisse l'étendre à la levée de l'option qui n'est qu'une variante de la première opération et qui ne s'en distingue que par l'intervention du facteur temps. Il nous semble donc que l'on puisse admettre, avec quelques décisions de jurisprudence, la validité de l'acte de levée d'option, sans autorisation préalable, cet acte comportant tacitement la condition de l'obtention de cette autorisation.

Bien entendu, et comme pour le cas du compromis, le bénéficiaire de l'option devra solliciter l'autorisation dans un très bref délai afin que, pour les raisons données ci-dessus, les sanctions légales puissent être appliquées le cas échéant.

SECTION IV. — L'AUTORISATION PRÉFECTORALE.

CONDITION NOUVELLE MISE PAR LA LOI AU TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

L'examen des thèses doctrinales et jurisprudentielles nous a permis de constater que les auteurs et les tribunaux n'étaient pas absolument d'accord sur la portée et le domaine d'application de la Loi du 16 novembre 1940. Les uns préconisent son application stricte et réduisent ainsi le nombre des actes passés par les particuliers sans tenir compte des prescriptions de la Loi. Les autres, considérant cette Loi comme exceptionnelle et exorbitante du droit civil français, en réduisent la portée et considèrent comme valables les actes passés sans autorisation, au besoin en ayant recours à des fictions juridiques, tant l'esprit des hommes est agile à interpréter les textes qu'ils doivent appliquer.

Seulement, ces idées ne se firent pas jour immédiatement après l'entrée en vigueur de la Loi, dont l'importance et le trouble qu'elle jetait dans la conception française de la vente d'immeuble, ne se firent sentir que peu à peu. Si bien que des contractants de bonne foi, qui ignoraient la Loi, rédigèrent des compromis, alors que l'autorisation n'était pas obtenue et ne firent pas figurer dans l'acte le numéro et la date de cette autorisation qu'ils n'avaient pas sollicitée. Ils ne subordonnèrent pas non plus, bien entendu, la réalisation du transfert de la propriété à la survenance d'une condition qu'ils ne prévoyaient pas. Puis, certains vendeurs, voyant la valeur des immeubles ainsi vendus augmenter de façon sensible et constante, prétendirent dans un but spéculatif, que les compromis ainsi signés étaient nuls, faute d'autorisation préalable à leur établissement ; si bien que la loi nouvelle, à l'opposé de ses intentions, se trouvait souvent favoriser la hausse des prix. (46).

Les premiers Juges qui furent ainsi saisis de la question furent, et cela se conçoit, fort embarrassés. Faute de travaux préparatoires, la Loi ne leur était d'aucun secours, la doctrine était encore hésitante et, par hypothèse, de jurisprudence il n'en existait point.

Cependant, il leur apparaissait difficilement admissible en droit, et certainement contraire à la morale, que l'une des parties ne respecte pas la foi en la parole donnée. Ils cherchèrent un moyen d'éviter l'annulation des actes qui leur étaient soumis. Ils firent alors appel à leurs souvenirs d'école et se

(46) Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1942, p. 294.
« Les Contrats spéciaux », par M. Carbonnier.

remémorèrent les vieux principes du droit romain. Ils imaginèrent ainsi, en disséquant le contrat de vente tel qu'il est établi par le Code Civil de dissocier ses éléments et distinguèrent le contrat proprement dit, c'est-à-dire l'échange des volontés et leur accord, générateur d'obligations réciproques, et l'acte de transfert de la propriété, ce qui était un retour complet aux conceptions romaines. Ils affirmèrent que le transfert immédiat de la propriété n'est pas de l'essence même de la vente, contrairement à ce qu'avait soutenu un civiliste comme Planiol et que l'on pouvait concevoir un certain laps de temps entre les deux éléments du contrat, *largo sensu*. Ils s'appuyèrent d'ailleurs sur une partie de la doctrine antérieure ; Aubry et Rau soutenaient en effet (47) qu'il ne saurait y avoir de transfert immédiat de la propriété, lorsque le contrat porte sur des choses non individualisées au moment de sa formation, et cependant, disaient-ils, personne ne doute qu'il n'y ait alors vente.

Ce fut le point de départ ; puis, en examinant le texte de la Loi, commentateurs et magistrats en tirèrent un argument qui leur parut décisif : l'article premier vise seulement les mutations, et l'article second la réalisation de l'opération immobilière ; ce sont donc seulement ces deux choses que la Loi, à défaut d'autorisation, déclare nulles. Ils en déduisirent que le Législateur n'avait voulu viser que le transfert de propriété et non les obligations contractuelles à la charge des parties contractantes, comme par exemple, celle de livrer la chose ou de payer le prix.

Il nous semble que cette conception doit être

(47) Cours de Droit Civil. Paragraphe 349, Note 1.

acceptée ; le contrat de vente se décompose bien toujours en deux éléments, accord des volontés des parties, productif d'obligations, d'une part et transfert de propriété d'autre part. Le Code Civil, qui n'a pas rompu avec les traditions historiques de l'ancien droit, mais qui au contraire, les a normalisées, commence d'ailleurs dans l'article 1582 par dire que la vente est une convention qui produit des obligations réciproques et stipule ensuite sous un article distinct, l'article 1583, que la perfection de la vente entraîne le transfert de la propriété.

Ceci dit, quelle importance doit-on donner à la Loi du 16 novembre 1940 ? Le défaut d'autorisation empêche-t-il le contrat de se former ? Empêche-t-il simplement le transfert de la propriété ?

Nous avons dit dans le chapitre précédent que la Loi du 16 novembre 1940 était une loi de police, c'est-à-dire une loi exceptionnelle et transitoire. Ce caractère conduit à admettre qu'elle ne modifie pas sensiblement le droit privé ; le contrat de vente reste ce qu'en a fait le Code Civil.

Mais de même que la Loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, a ajouté une condition supplémentaire à celles exigées par le Code pour que le contrat de vente soit opposable aux tiers, de même la Loi du 16 novembre 1940 a ajouté une condition nouvelle pour que s'opère valablement le transfert de la propriété.

La différence entre ces deux mesures législatives, qui toutes deux peuvent être considérées comme des mesures de police en tant qu'elles visent à protéger une catégorie d'individus, tiers ou communauté nationale, est que l'une affecte les relations entre les contractants entre eux et l'autre les seules relations entre contractants et tiers.

Cette conception de la vente ne se retrouve pas seulement d'ailleurs dans le domaine immobilier, comme le dit M. le Doyen Ripert : (48)

« La législation moderne modifie le caractère
« du contrat de vente, ou tout au moins crée, à
« côté de la vente entre particuliers qui reste sou-
« mise aux règles du Code Civil, une vente com-
« merciale de marchandises et de denrées qui est
« soumise à des règles obligatoires. L'économie di-
« rigée et surtout l'économie de guerre ont accen-
« tué ce caractère : certaines marchandises et den-
« rées ne peuvent être livrées au public que contre
« des tickets. Les matières premières nécessaires à
« l'industrie font l'objet d'une répartition officielle;
« certains produits ne peuvent être vendus qu'à
« certains acquéreurs déterminés; les prix sont fixés
« impérativement. »

La vente d'immeuble sans autorisation préfectorale préalable ne cesse donc pas d'être valable en tant que contrat, mais, comme le dit M. Carbonnier (49), « contrairement à l'article 1138 du Code Civil, elle n'emportera transfert de propriété que
« du jour où l'autorisation aura été accordée, soit
« que l'on voie dans cet ajournement du transfert
« l'effet d'une volonté tacite des parties, soit qu'on
« le fasse résulter directement et *de plano* de la loi
« nouvelle. »

Cette conception nous paraît satisfaire pleinement l'esprit. Il nous semble préférable de faire résulter directement l'ajournement du transfert de la

(48) Traité élémentaire de Droit Civil de Marcel Planiol. Edition 1943, refondue par M. le Doyen Ripert.

(49) Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1942, p. 294. Chronique de M. Carbonnier : Les contrats spéciaux.

propriété de la Loi nouvelle, de faire ainsi de l'obtention de l'autorisation une exigence législative supplémentaire, car les textes de contrat sont souvent muets sur les intentions des parties et la volonté tacite ne peut être toujours présumée. La même solution doit être donnée en matière de promesse synallagmatique de vente, la promesse unilatérale de vente ne tombant pas, la majorité des auteurs et de la jurisprudence sont d'accord, sous le coup de la Loi. (50)

L'autorisation préfectorale apparaît donc comme étant une simple condition, au sens vulgaire du mot, mise par la Loi à l'accomplissement de la mutation de propriété, en vue d'une mesure de protection sociale.

Cette conception présente l'avantage de pouvoir considérer comme valable le compromis, la promesse de vente et toutes les manifestations de l'accord des volontés des parties ; impossibilité par conséquent pour le vendeur de revenir sur les engagements qu'il a pris. Ceci paraît être le vœu de la Loi dont l'un des buts semble bien être d'enrayer la spéculation.

Elle présente aussi l'avantage de ne pas faire de discrimination entre les ventes judiciaires et amiables et de garder ainsi son unité au contrat de vente en droit français.

Elle présente enfin l'avantage de la simplicité, car tout en appliquant les dispositions de la Loi, elle permet le libre jeu des principes d'équité et de justice sans l'intervention d'une fiction que sa rétroactivité rend difficilement admissible.

L'avantage de la rétroactivité était sans doute la possibilité de faire disparaître les droits réels que

(50) *Idem*, p. 69.

le vendeur ou ses ayants-cause auraient pu avoir institués sur l'immeuble litigieux.

Mais dans la solution que nous adoptons, le vendeur reste tenu par le contrat intervenu, des obligations mises à sa charge, quel que soit le sort de la transmission de propriété sujette à l'obtention de l'autorisation du Préfet et notamment de l'obligation de garantie.

Enfin, supposons qu'au mépris de ses engagements, le vendeur ait vendu une seconde fois son immeuble à un acheteur muni de l'autorisation préfectorale, avant que le premier acquéreur ait lui-même obtenu cette autorisation, sans doute les droits de ce premier acquéreur seront-ils sacrifiés et ne lui restera-t-il plus qu'à introduire contre son vendeur une demande en dommages-intérêts. Mais cette situation est exactement la même que celle de deux acheteurs successifs dont le second a transcrit son titre d'acquisition avant le premier. Analogie profonde entre les lois des 23 mars 1855 et 16 novembre 1940.

Un jugement du Tribunal Civil de Moulins, en date du 8 juin 1943 (51), a tenu compte d'une façon intéressante de ce rapprochement entre les deux textes législatifs :

« Attendu qu'une jurisprudence nombreuse et
« discordante existe sur la portée de la loi relative-
« ment aux conventions antérieures à l'acte qui
« transfère la propriété, c'est-à-dire l'acte transcrit;
« que tous ces actes, quels qu'ils soient, ne sont pas
« en réalité des actes translatifs de propriété immo-
« bilière, malgré les termes de l'article 1583 ;

« Attendu, en effet, que depuis la Loi du 23

(51) Gaz.Pal. 26 octobre 1943.

« mars 1855, l'accord de volontés ne suffit plus,
« puisque l'acquéreur peut toujours être dépossédé,
« jusqu'à la transcription de son titre, par un tiers
« auquel le vendeur aurait conféré les mêmes droits
« et qui aurait été plus diligent que lui ;

« Attendu que depuis 1855, on ne devrait pas
« dire « promesse synallagmatique de vente vaut
« vente », mais « vente non transcrite vaut pro-
« messe du propriétaire de conférer un titre de pro-
« priété opposable à tous et du candidat acquéreur
« de payer le prix du droit de propriété qui sera
« alors incommutablement conféré » ;

« Attendu qu'il en est d'autant plus ainsi que
« le soi-disant acquéreur, propriétaire aux termes
« de l'article 1583, ne peut transférer la propriété
« qu'il est censé avoir, ni constituer de droits réels
« sur elle, ce que peut faire, au contraire, le soi-
« disant vendeur ;

« Attendu que la Loi du 16 novembre 1940 ne
« met qu'une condition de plus au transfert incommu-
« table de la propriété, c'est l'autorisation pré-
« fectorale, dont la mention est indispensable pour
« que l'acte puisse être enregistré et transcrit ; que
« si, par hasard, un pareil acte était établi et trans-
« crit, la Loi le déclare nul, mais dit que la nullité
doit être constatée par la justice ;

« Attendu, par suite, qu'il est certain que, dans
« ce cas, la propriété ne serait pas transférée par
« cet acte, mais que le texte ne dit pas que les par-
« ties seraient dégagées des engagements par elles
« pris ; que si, dans ce cas, la nullité provenait d'un
« oubli, il ne paraît pas douteux que le vendeur
« serait tenu de signer un autre acte mentionnant
« l'autorisation préfectorale ;

« Attendu que tout acte, nul pour omission
« d'une formalité, conserve sa force probante de

« l'accord des volontés des parties qui crée le droit
« pour chacune d'elles d'exiger de l'autre l'exécution de son obligation ou de demander des dommages-intérêts pour inexécution de celle-ci... »

Tant que l'autorisation ne sera pas obtenue, le contrat de vente, légalement formé, produira donc tous ses effets, mais la propriété ne sera acquise à l'acheteur à l'égard du vendeur, que lorsque cette autorisation aura été obtenue, de même que le transfert de propriété ne sera opposable au tiers que lorsque la vente aura été transcrite. Les parties retardent d'ailleurs elles-mêmes le transfert dans certains cas, par exemple lorsqu'il y a location-vente ou vente à tempérament.

Il serait intéressant de connaître le point de vue de la Cour de Cassation sur la question ; mais aucune décision de la Cour suprême n'est encore venue fixer la jurisprudence des Cours d'Appel et des Tribunaux de première instance. Si la Loi, née des circonstances troubles de l'heure présente, devait s'appliquer longtemps encore, il serait souhaitable que la Cour de Cassation fasse connaître sa manière de résoudre les questions que pose la Loi nouvelle.

CHAPITRE IV

APPLICATION DE LA LOI DU 16 NOVEMBRE 1940 EN MATIÈRE DE VENTES JUDICIAIRES

Dans le chapitre précédent, il n'a été question que des ventes immobilières amiables ; une solution identique doit-elle être donnée en matière de ventes judiciaires ?

Certains l'ont contesté en se basant sur le texte même de la Loi. L'article 7 de la Loi du 16 novembre 1940 dit en effet que seules les personnes ayant obtenu *préalablement* l'autorisation du Préfet pourront se rendre adjudicataires.

La Loi n'ayant mentionné ce mot « *préalablement* » qu'à l'occasion des ventes judiciaires, on en a déduit que le terme ne s'appliquait pas aux ventes de gré à gré.

En réalité, la solution nous paraît identique, mais la situation étant différente, la loi a cru bon de préciser que dans les ventes judiciaires l'autorisation devrait être préalable à l'adjudication.

En effet, alors que dans un contrat de gré à gré, il est possible de distinguer les éléments qui le composent, obligations réciproques nées du consentement des parties et transfert de propriété, éléments qui sont distants et isolés, dans le contrat de vente judiciaire, ces éléments sont réunis et pour ainsi dire indissolubles. S'il y a donc intérêt à pou-

voir considérer comme valable, dans une vente amiable, les obligations synallagmatiques du vendeur et de l'acheteur à défaut d'autorisation préalable à la naissance de ces obligations, cela est sans importance dans une vente judiciaire, puisque le transfert de la propriété qui nécessite l'obtention de l'autorisation se produit en même temps que naissent les obligations réciproques des parties.

Par contre, il y a intérêt dans les ventes judiciaires, à ce que l'autorisation soit préalable à l'adjudication. En effet, le trouble serait très grave, si le dernier enchérisseur, déclaré adjudicataire, n'avait pas obtenu préalablement l'autorisation indispensable ; cela obligerait à recommencer la vente, c'est-à-dire que de nouveaux délais seraient imposés et de nouveaux frais exposés, notamment tous les frais de publicité dont le prix est actuellement très élevé. Rien de semblable dans les ventes amiables : la date de la nouvelle vente peut être fixée sans délai, aucuns frais supplémentaires ne sont exposés, si l'autorisation n'a pas été accordée au jour fixé pour la signature amiable de l'acte de vente.

Ce qui, selon nous, montre bien l'identité de solution entre ces deux sortes de vente, l'amiable et la judiciaire, c'est ce qui se produit lorsque, pour des raisons de procédure exigées par le Code, l'adjudication, au lieu d'être instantanée, s'étend sur un laps de temps suffisant pour dissocier les éléments du contrat de vente, par exemple en cas de saisie immobilière et surtout en cas de surenchère.

Dans ces deux cas particuliers, que nous allons examiner dans les deux sections de ce chapitre, nous verrons que l'autorisation du Préfet ne doit être exigée que pour le seul transfert de la propriété, comme cela se produit nous l'avons vu, pour les ventes de gré à gré.

La solution est donc la même, qu'il s'agisse de ventes amiables ou de ventes judiciaires, quelles qu'elles soient.

L'autorisation préfectorale n'est qu'une condition supplémentaire ajoutée par la Loi du 16 novembre 1940 aux prescriptions du Code, condition nécessaire pour que la mutation de propriété s'accomplisse.

SECTION I. — LA SAISIE IMMOBILIÈRE

La question que pose la procédure de la saisie immobilière est délicate. En cette matière, le créancier poursuivant est, à défaut d'enchérisseur lors de l'adjudication, déclaré par la Loi acquéreur de plein droit (art. 706, § 3 du Code de procédure civile). Cet adjudicataire forcé doit-il être soumis à l'autorisation préfectorale ? La même question d'ailleurs peut se poser pour le créancier subrogé dans les poursuites. Ces deux questions ont été présentées avec clarté et compétence par M. René Piot, avoué près le Tribunal Civil de la Seine, dans le Journal des Notaires du 2 février 1941 (1)

Pour nous en tenir à la question du créancier saisissant en matière de saisie immobilière, quelle solution adopter ? Pour M. Gobbi (2), la réponse est négative. Il en donne deux raisons. D'abord parce que la transcription du commandement immobilier qui vaut saisie depuis la Loi de 1938, ne constitue pas une cession. « Le créancier, dit-il, peut cumuler « sur sa tête la qualité de saisissant et celle d'adjudicataire ; mais elles sont absolument indépen-

(1) Journal des Notaires. 1941, pages 116-117.

(2) Thèse, Paris 1941.

« dantes et sont le résultat de deux actes juridiques
« différents, d'une part une saisie, d'autre part un
« jugement. »

La seconde raison qu'il donne est que le créancier est implicitement autorisé à saisir, par conséquent à devenir adjudicataire puisque le préfet lui a permis de se constituer une hypothèque qui lui confère ce droit. Cette seconde raison ne paraît évidemment valable que pour les créanciers inscrits postérieurement à la Loi. Autrement on ne peut soutenir que le Préfet ait autorisé le créancier à inscrire son hypothèque.

On ne saurait tirer un argument de texte, du fait que les délais énoncés aux articles 690, 696 et 699 du Code de Procédure civile, sont doublés par la Loi du 16 novembre 1940. Ces articles fixent la durée des délais entre les sommations de prendre connaissance du cahier des charges et la publicité d'une part et l'adjudication d'autre part. Sans doute est-ce pour donner le temps aux amateurs de se procurer l'autorisation indispensable pour enchérir. L'objet même de ces délais indique bien qu'ils n'intéressent que ceux qui veulent se rendre adjudicataires. Mais le saisissant n'a pas besoin de se faire autoriser pour faire transcrire son commandement.

M. Gobbi prétend même que le créancier poursuivant, qui n'a pas besoin d'être autorisé pour transcrire son commandement, n'a pas besoin de l'être non plus pour être déclaré adjudicataire pour le montant de la mise à prix à défaut d'enchères lors de l'adjudication, puisque c'est, de par la Loi, en vertu d'un jugement qu'il est ainsi déclaré adjudicataire (3). « On conçoit difficilement que les droits

(3) Thèse, Paris 1941. L'intervention légale dans les mutations d'immeubles.

« d'un créancier soient tenus en échec par le défaut
« d'autorisation du Préfet, alors qu'il n'est rien
« moins que certain qu'il sera adjudicataire. Une
« telle solution incompatible avec les règles de
« droit occasionnerait un trop grand bouleverse-
« ment. Par contre, le créancier saisissant devra
« solliciter l'autorisation préfectorale, s'il était dé-
« claré adjudicataire, non plus en vertu de la Loi,
« mais parce qu'il se serait trouvé être le plus fort
« et dernier enchérisseur. »

Il ne nous paraît pas possible de suivre M. Gobbi dans les conséquences extrêmes de sa théorie pourtant séduisante. En effet, les termes de la Loi, si amenuisés qu'on les rende, sont formels et l'adjudication opère, d'une façon absolue, une mutation de propriété. Il nous semble donc que le créancier poursuivant doit être muni de l'autorisation préfectorale le jour de l'audience d'adjudication, qu'il y ait ou non des enchères. Car l'intervention de tiers enchérisseurs ne modifie pas la question du transfert de propriété entre le saisi et le créancier poursuivant adjudicataire, seule question qu'il semble nécessaire de considérer pour l'application de la Loi.

Au moins faudrait-il faire une distinction. Si le créancier poursuivant avait déjà été autorisé par le Préfet à inscrire son hypothèque sur l'immeuble saisi, l'on pourrait, sans doute, soutenir avec une certaine vraisemblance, que le jugement d'adjudication sur saisie n'est qu'une conséquence de cette inscription, puisque le fait pour le créancier d'inscrire son hypothèque, implique pour lui le droit de saisir l'immeuble qui est le gage de sa créance, et qu'en autorisant cette inscription, le Préfet a tacitement accordé l'autorisation nécessaire au transfert de propriété. Cette interprétation est déjà délicate

et osée, car l'article premier de la Loi du 16 novembre 1940 exige l'autorisation pour : 1°) les cessions... 4°) les constitutions d'hypothèques, et les termes mêmes de la Loi qui visent deux actes différents semblent exiger une nouvelle autorisation.

Si par contre, et c'est la seconde hypothèse, le créancier avait déjà inscrit son hypothèque, avant le 1^{er} juillet 1940 (article 4 de la Loi), il semble absolument nécessaire que, ne pouvant alléguer aucune autorisation préfectorale, le créancier adjudicataire ait obtenu l'autorisation administrative pour que l'adjudication puisse être valablement prononcée à son profit, puisqu'elle entraîne la mutation de propriété du saisi à l'adjudicataire.

La pratique n'a pas hésité, sans doute par simple prudence d'ailleurs : l'avoué du créancier poursuivant sollicite toujours pour son client l'obtention de l'autorisation du Préfet, et cela dès le seuil de la procédure d'expropriation forcée. Mais, et ce sera notre conclusion, il n'en reste pas moins vrai qu'il est inutile pour le créancier poursuivant de solliciter l'autorisation du préfet pour transcrire son commandement ou pour diligenter la procédure de saisie immobilière ; une autorisation ne lui sera nécessaire que lors de l'adjudication sur saisie.

SECTION II. — LA SURENCHÈRE

La question qui se pose est celle de savoir si la déclaration de surenchère faite au greffe est valable sans autorisation préfectorale. Il ne s'agit pas en effet de l'adjudication sur surenchère qui se confond avec les autres formes d'adjudication, dont nous avons déjà parlé.

Il semblerait que la question soit facile à résoudre ; cependant la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur ce point, comme elles le sont pour la formation et la validité du contrat de vente à défaut d'autorisation préfectorale. Il est certain que dans cette matière plus qu'ailleurs, les prescriptions de la Loi Nouvelle sont particulièrement sévères, si l'on décide que l'autorisation est nécessaire pour déclarer la surenchère au Greffe, car le délai légal pour le faire, bien qu'unifié maintenant à dix jours, lequel délai est présentement doublé par la Loi, reste fort bref. Cela oblige le surenchérisseur à prendre parti immédiatement après l'adjudication, ce qui risque de réduire le nombre de surenchères, jugées cependant favorables par la Loi.

Certains auteurs estiment que l'autorisation du Préfet est nécessaire pour surenchérir, puisqu'à défaut d'autres amateurs, le surenchérisseur est déclaré adjudicataire lors de l'adjudication sur surenchère (4). La question peut, certes, se poser, car l'article 7 de la Loi du 16 novembre 1940 exige pour les adjudications en justice une autorisation préalable.

Néanmoins la doctrine, presque unanime estime qu'une telle autorisation n'est pas indispensable pour faire la déclaration de surenchère. Cette déclaration n'emporte en effet aucun transfert de propriété par elle-même et c'est seulement la mutation de propriété que vise la Loi du 16 novembre 1940. Le surenchérisseur est un adjudicataire en puissance, quand il fait sa déclaration au Greffe, mais rien ne dit qu'il deviendra effectivement adjudicataire, car personne ne sait alors s'il y aura ou non de nou-

(4) Rép. gén. prat. Not. et Enreg., 1942, Art. 25.958.

velles enchères au moment de l'adjudication définitive.

Cette conception est conforme à la nature classique de la surenchère, que la Loi du 16 novembre 1940 n'a pas voulu modifier, de même qu'elle n'a pas modifié, selon nous, les caractères classiques de la vente d'immeuble en droit français moderne. La surenchère reste simplement une enchère nouvelle, une enchère supplémentaire qui n'a qu'un but : permettre la mise d'enchères successives lors de la revente, pour obtenir que l'immeuble surenchéri se vende au plus haut prix. C'est la conception traditionnelle.

« La surenchère, dit M. Cezar Bru dans son
« livre *Théorie et Pratique des Voies d'exécution*,
« est une enchère nouvelle, faite au Greffe, dans
« une forme spéciale exigée par la Loi. Comme un
« enchérisseur ordinaire, le surenchérisseur con-
« tracte l'obligation d'acheter, moyennant le prix
« offert par lui, et sous la réserve tacite qu'un autre
« enchérisseur n'offrira pas un prix plus élevé le
« jour de la seconde adjudication. Il n'est donc pas
« encore acheteur ferme ; il n'est pas propriétaire ;
« les risques de l'immeuble ne peuvent pas être mis
« à sa charge, la perte de l'immeuble le libèrerait
« de son obligation. Il sera propriétaire seulement
« au jour de la nouvelle adjudication, si son enchè-
« re n'est pas couverte, s'il n'y a pas d'enchère plus
« élevée. Mais, en somme, la mise en vente de l'im-
« meuble a commencé lors de l'ouverture des en-
« chères, le jour de la première adjudication ; ces
« enchères ont été interrompues par le premier ju-
« gement d'adjudication ; ce jugement a prononcé
« au profit du dernier surenchérisseur une attribu-
« tion de propriété provisoire jusqu'à la suren-

« chère ; l'adjudicataire est exposé à voir son offre
« disparaître devant une offre plus élevée. Les en-
« chères sont reprises par la surenchère et conti-
« nuées le jour du second jugement d'adjudication
« qui les arrête définitivement. »

C'est également l'avis de MM. Glasson, Tissier et Morel dans leur *Traité Théorique et Pratique de Procédure Civile* (5) :

« La surenchère du sixième (aujourd'hui du
« dixième) n'est qu'une enchère nouvelle ; elle n'a
« d'autre effet que de rallumer les feux de l'adju-
« dication première ; elle est ouverte à toute per-
« sonne capable d'enchérir. »

« La vente sur surenchère se fait dans les mê-
« mes conditions que la première adjudication ; de
« nouvelles enchères s'ouvrent et la surenchère est
« considérée comme la mise à prix sur laquelle s'ou-
« vrent les enchères nouvelles ; s'il n'en survient
« aucune, le surenchérisseur est déclaré adjudica-
« taire. »

Ce caractère d'enchère nouvelle de la surenchère n'est donc pas contestable. La preuve en est que la doctrine et la jurisprudence considèrent que la première adjudication est résolue avec effet rétroactif, de sorte que le premier adjudicataire est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire.

« La première adjudication, dit la Cour de Cas-
« sation dans un arrêt de la Chambre Civile du
« 15 janvier 1873 (6), est résolue, le fait même de
« la surenchère agissant comme une condition ré-
« solutoire de la première adjudication ; c'est com-

(5) Tome IV, pages 718 et 730.

(6) D. 1873-I-249.

« me si la première adjudication n'avait pas eu
« lieu. »

Si cette solution est adoptée par les auteurs, ils ne font produire toutefois cet effet qu'à l'adjudication sur surenchère et non à la déclaration de surenchère elle-même. « Celui qui forme la surenchère, dit notamment M. César Bru (7), qui se trouve d'accord avec M. le Professeur Solus, ne se porte pas de ce fait adjudicataire. C'est comme s'il mettait une enchère nouvelle, dont il n'est pas assuré de conserver le bénéfice. Assurément, la surenchère est-elle une menace de résolution de la première adjudication, mais ce n'est qu'une menace ; l'adjudication ne tombe pas *ipso facto* ; la preuve en est que la surenchère pourra être nulle, qu'elle pourra être abandonnée par désistement du surenchérisseur accepté par le poursuivant et les créanciers inscrits. » La résolution de la première adjudication n'est donc pas produite par la déclaration de surenchère, mais seulement par la seconde adjudication, l'adjudication sur surenchère. Et M. César Bru continue : « Par elle-même, la surenchère ne modifie en rien la situation respective des parties... Leur situation n'a pas été modifiée par l'adjudication, parce que celle-ci n'est que provisoire. L'adjudicataire surenchéri est propriétaire, mais son droit peut disparaître ; il peut être remplacé par un autre propriétaire, définitif celui-là, qui offrira au saisi et à ses créanciers un prix plus élevé. Mais ce propriétaire définitif n'apparaît pas avec la surenchère et ne remplace pas le propriétaire provisoire à ce moment, car le fait de surenchérir

(7) Ouvrage cité.

« s'analyse en une offre, offre qui ne deviendra
« ferme que si elle n'est pas détruite le jour de la
« seconde adjudication par une offre supérieure. »
Le savant auteur ajoute encore : « Le surenché-
« risseur est lié, mais non pas d'une façon défini-
« tive ; sa surenchère peut être couverte, et com-
« me un enchérisseur quelconque, il n'est lié que
« si son enchère n'est pas annulée par l'enchère
« suivante plus élevée. En ne dénonçant pas la su-
« renchère, le surenchérisseur peut la rendre nulle,
« et les créanciers qui peuvent faire la dénoncia-
« tion à sa place, n'y sont pas contraints ; il peut
« y avoir un accord exprès ou tacite entre tous les
« intéressés pour rendre la surenchère inopérante.
« C'est donc seulement au moment de l'adjudica-
« tion, que le surenchérisseur aura un droit défini-
« tif, s'il demeure adjudicataire ; c'est seulement à
« ce moment que le premier adjudicataire sera dé-
« pouillé au profit du second. » Nous avons donc
raison de dire plus haut que le surenchérisseur
n'était qu'un adjudicataire éventuel un adjudica-
taire en puissance et que la déclaration de suren-
chère, n'entraînant aucun transfert de propriété, ne
doit pas être soumise à la formalité de l'autorisation
préalable du Préfet.

Sans doute, nous l'avons vu, la Cour de Cassa-
tion, à plusieurs reprises, outre l'arrêt déjà cité (8),
décide-t-elle que c'est la surenchère qui, à elle seule,
résoud l'adjudication, sans attendre l'issue de la se-
conde adjudication. « On invoque à l'appui de ce
« système, rappellent MM. Glasson, Tissier et Mo-
« rel (9), l'article 709 du Code de Procédure Civile

(8) Civ., 7 novembre 1868. D.1869-I-31, S.1869-I-21.

Req. 6 décembre 1870. D.1872-I-438, S.1871-I-53.

(9) Ouvrage cité.

« qui déclare que la surenchère ne peut être rétrac-
« tée et l'article 710, aux termes duquel le suren-
« chérisseur est déclaré adjudicataire, si, au jour de
« la revente, il ne se présente pas d'autres enché-
« risseurs. Ces textes font de la surenchère un acte
« de caractère définitif, qui entraîne nécessaire-
« ment la revente de l'immeuble ; la survenance de
« cette surenchère suffit donc par elle-même à ré-
« soudre le droit de l'adjudicataire surenchéri. »

Mais ces auteurs se ralliant à la quasi unanimité de la doctrine estiment préférable de décider que la résolution du droit de l'adjudicataire est non la conséquence de la surenchère elle-même, mais bien celle de l'adjudication sur surenchère. « Sans doute, « disent-ils, la surenchère est-elle une offre qui lie « définitivement celui qui l'a faite (ils s'écartent « donc ici de la théorie de M. Cezar Bru, pour qui « le surenchérisseur n'est pas définitivement lié), « mais elle ne forme pas un contrat irrévocable entre le saisi et le surenchérisseur (ces auteurs se « placent en matière de saisie immobilière, mais « les arguments qu'ils exposent valent pour toutes « sortes de ventes), et n'anéantit pas le premier « contrat, puisqu'au jour de la revente, elle peut « être couverte par une offre supérieure et que le « premier adjudicataire peut rester adjudicataire « définitif ; au surplus, la surenchère peut être annulée ou le surenchérisseur peut s'en désister avec « le consentement des créanciers inscrits et du poursuivant. Il n'est donc pas exact de dire qu'à elle « seule la surenchère évince le premier adjudicataire d'une manière irrévocable ; elle ne dépouille « pas davantage ce dernier que le dépôt du cahier « des charges, contenant la mise à prix, n'exprie le saisi, elle n'est qu'une simple menace de « résolution. »

C'est également la théorie préconisée par M. le Professeur Esmein, dans son article, que nous avons déjà cité dans le chapitre précédent, paru dans la *Gazette du Palais* du 2 mars 1943.

L'éminent Professeur précise que le but de la Loi du 16 novembre 1940 ne serait pas atteint si l'on subordonnait la déclaration de surenchère à l'obtention d'une autorisation préalable, car cela restreindrait considérablement le nombre possible des surenchères ; le doublement du délai de surenchère (délai de l'article 708 du Code de Procédure Civile que vise l'article 7 de la Loi) serait en effet dans bien des cas insuffisant pour obtenir valablement l'autorisation du Préfet, notamment en cas de sursis à statuer sur la demande d'autorisation, ce qui est fréquent en pratique, surtout lorsque le postulant est une société.

La discussion peut d'ailleurs être considérée comme close, car une confirmation officielle a été donnée à cette thèse par la circulaire ministérielle du 23 octobre 1941 qui se prononce dans le sens de la validité de la déclaration de surenchère sans autorisation préfectorale préalable.

Cependant la jurisprudence est loin d'être unanime, bien que, dans l'ensemble, elle se rallie au principe de la validité de la déclaration de surenchère sans autorisation administrative préalable.

C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal Civil d'Issoudun, du 24 juillet 1941 (10), décision qui paraît isolée, décide que n'est pas régulière et doit être déclarée nulle, la surenchère formée par une personne non munie de l'autorisation préfectorale, nécessaire pour acquérir, et prévue par la Loi du 16 novembre 1940 :

(10) *Gaz. Pal.* 1941-II-225.

« Attendu que pour surenchérir, il faut être
« capable d'enchérir ; qu'il ne peut être fait suren-
« chère sous condition, la surenchère emportant
« adjudication de plein droit au profit du suren-
« chérisseur, si aucune enchère n'est portée. »

« Attendu qu'il est bien évident que c'est en
« raison de la nécessité d'avoir cette autorisation
« que la Loi du 16 novembre 1940 a doublé certains
« délais, notamment celui de l'article 708 du Code
« de Procédure Civile. »

« Attendu qu'au moment où la surenchère a
« été faite par X..., celui-ci n'avait pas capacité
« pour acquérir les immeubles faisant l'objet de la
« surenchère, l'autorisation préfectorale le rendant
« capable de faire cette acquisition ne lui ayant pas
« encore été accordée.

Il est certain que la surenchère est une enchère nouvelle, ainsi que la doctrine l'estime presque unanimement ; cependant l'assimilation n'est pas absolument complète. L'enchère, en effet, a un caractère immédiat et peut rendre celui qui la met instantanément, propriétaire si elle n'est pas couverte aussitôt, à l'extinction des trois feux successifs voulus par la Loi. La surenchère a, au contraire, un effet éloigné ; c'est le début d'une véritable procédure qui suppose un jugement qui valide la surenchère et qui fixe dans l'avenir une nouvelle date, pour l'adjudication définitive, après l'accomplissement de nouvelles mesures de publicité. Si la surenchère n'est pas validée, elle est considérée comme inexistante. A quoi servirait alors d'obtenir l'autorisation de l'administration ? On peut même dire qu'il ne s'agit pas d'une surenchère conditionnelle. La surenchère sans autorisation du Préfet nous paraît pure et simple. C'est au moment où le suren-

chérisseur requérera la mise en adjudication à l'audience fixée par le Tribunal, et l'allumage des feux, que la surenchère peut être assimilée complètement à une enchère et c'est alors seulement que l'autorisation est nécessaire. Jamais dans la procédure de surenchère, il n'est demandé que soit indiqué le numéro et la date de l'autorisation obtenue. Par contre, ces renseignements doivent être obligatoirement fournis à l'audience au moment où le dernier enchérisseur, à défaut d'enchères, est déclaré adjudicataire par le Tribunal, ou dans les trois jours au greffe en cas de déclaration de command.

Le fait que le surenchérisseur soit, de plein droit, adjudicataire à défaut de nouvelle enchère ne nous paraît pas non plus déterminant. En matière de saisie immobilière, lorsque le commandement a été transcrit aux hypothèques, le créancier poursuivant sera également de plein droit adjudicataire lors de l'adjudication sur saisie à défaut d'enchères. Cependant personne n'exige que pour poursuivre sa procédure de saisie, il ait obtenu une autorisation préalable. Le transfert de propriété étant opéré par le seul jugement d'adjudication, c'est seulement à ce moment que l'autorisation du Préfet doit être obtenue. Et nous avons déjà dit ce que valait, en doctrine, l'argument tiré du doublement du délai de surenchère.

La plupart des décisions considèrent d'ailleurs la surenchère comme valable à défaut d'autorisation préfectorale ; c'est d'abord un jugement du Tribunal Civil de Bonneville, en date du 19 février 1941 (11), qui dispose que la déclaration de surenchère ne constitue pas, par elle-même, une acquisition à titre onéreux. Par suite, dit ce jugement, le suren-

(11) Semaine Juridique, 1941-I-1615.

chérisseur n'a pas besoin de l'autorisation préfectorale pour faire sa déclaration de surenchère. Il sera en règle en ne justifiant de l'autorisation qu'au jour fixé pour les nouvelles enchères, puisque c'est à cette date seulement qu'il deviendra propriétaire au cas de désertion d'enchères.

C'est la théorie soutenue encore par Garsonnet dans son *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, pour qui la surenchère joue tout simplement le rôle d'une enchère nouvelle, enchère portée au Greffe au lieu d'être portée à l'audience.

C'est ensuite un jugement du Tribunal Civil de Mantes-Gassicourt, en date du 23 mai 1941 (12), qui précise :

« Attendu que l'enchère et la surenchère ont
« des règles communes ; que ce qui les différencie
« essentiellement, c'est que si elles sont toutes deux
« l'offre d'une somme supérieure à la mise à prix
« ou à une offre précédente, les enchères se pour-
« suivent à la séance même où se poursuit la vente,
« tandis que la surenchère, une fois faite au greffe,
« ne se poursuit qu'à une audience subséquente
« dans les délais légaux.

« Attendu que l'acte de surenchère reçu au
« greffe n'a qu'un effet déclaratif et ne comporte
« l'effet translatif du droit de propriété que le jour
« de la nouvelle adjudication où le surenchérisseur
« est déclaré ou n'est pas déclaré acquéreur de l'im-
« meuble ; que c'est seulement avant l'adjudica-
« tion, c'est-à-dire au moment où se réalise la vente
« que l'autorisation préfectorale devient obligatoire
« et doit être remise soit à l'officier ministériel, soit

(12) Gaz.Pal. 1941-II-422.

« au Tribunal, suivant que l'adjudication est ren-
« voyée devant notaire ou retenue à la barre du
« Tribunal. Attendu que n'étant pas porteur de
« l'autorisation préfectorale au moment de la signa-
« ture de l'acte de surenchère, laquelle ne le ren-
« dait pas adjudicataire de l'immeuble, X... n'a pas
« enfreint les dispositions de la Loi du 16 novembre
« 1940 qui prévoit dans son article 7 l'obligation
« d'être pourvu de cette autorisation avant l'adju-
« dication. »

Même argumentation dans un jugement du Tribunal Civil de Mamers en date du 18 juillet 1941 (13) :

L'arrêtiste n'est d'ailleurs pas convaincu par cette décision et il lui préfère le jugement du Tribunal Civil d'Issoudun, rapporté plus haut, en invoquant des raisons que nous avons précédemment réfutées.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Caen en date du 11 octobre 1941 (14), décide que la surenchère du dixième pratiquée par un créancier hypothécaire est valable à défaut d'autorisation préfectorale. En effet, dit cet arrêt, astreindre le surenchérisseur à l'obtention préalable d'une autorisation préfectorale qui pourrait être refusée, serait porter une atteinte grave aux droits acquis du créancier et à l'ensemble du système hypothécaire du droit français.

Ce n'est qu'au cas où nulle enchère plus forte ne serait venue à l'audience couvrir la surenchère, que la question se poserait alors, mais alors seulement, de savoir si le surenchérisseur peut être, en vertu de ses droits préétablis sur la chose vendue,

(13) Gaz.Pal. 1941-II-114.

(14) Gaz.Pal. 1941-II-421.

déclaré valablement acquéreur, si sa situation au regard de la Loi du 16 novembre 1940 pourrait être régularisée ou s'il devrait être traité comme un fol enchérisseur.

Un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 13 novembre 1941 (15), précise que la Loi du 16 novembre 1940 ne prévoit pas la nullité d'une surenchère basée sur ce fait que le surenchérisseur n'était pas muni de l'autorisation préfectorale au moment où a été faite sa déclaration au Greffe. Elle prévoit seulement en effet la nullité de « tout acte » ou déclaration constatant la réalisation de l'une « des opérations visées à l'article 1^{er}. » Or, la déclaration de surenchère ne constitue pas la réalisation de la vente de l'immeuble, mais est seulement une des formalités prévues par la Loi pour y parvenir.

Une décision pousse encore plus loin le raisonnement. Elle considère en effet la déclaration de surenchère comme valable, non seulement lorsque l'autorisation n'a pas été préalablement obtenue, mais même lorsque cette autorisation, sollicitée après coup, n'a pas été accordée. Il s'agit d'un jugement du Tribunal Civil de la Seine en date du 29 janvier 1942 (16). La surenchère du sixième (aujourd'hui du dixième), dit ce jugement, formée à la suite d'une vente judiciaire d'immeubles, sans qu'elle ait été précédée de l'autorisation préfectorale prévue..., est valable, même si la demande d'autorisation a été refusée à l'enchérisseur postérieurement, et il doit être procédé à la vente sur surenchère puisque c'est seulement, à défaut d'autres enchères, que le surenchérisseur devient adjudicataire. C'est donc

(15) Gaz. Pal. 1941-II-459 (présidence de M. Morisset).

(16) Rép. gén. prat. Not. et Enreg. 1942. Article 26.036.

l'adjudication seule qui décidera de la validité ou de la non validité de la surenchère. A défaut d'enchère, la vente serait nulle puisque l'acquéreur ne serait pas en possession de l'autorisation nécessaire à la validité du transfert de la propriété.

« Que d'autre part la déclaration de surenchère
« faite au greffe ne constitue pas, par elle-même,
« acquisition certaine et définitive ; qu'elle a juri-
« diquement pour effet la réouverture de la procé-
« dure qui a abouti à la première adjudication et
« par suite la réouverture des enchères auxquelles
« toute personne pourra concourir ; que c'est seu-
« lement dans le cas où il ne se présenterait pas
« d'enchérisseur que le surenchérisseur serait dé-
« claré adjudicataire ; que dès lors, c'est à ce mo-
« ment que ce dernier est tenu de justifier de l'au-
« torisation prévue..., comme était tenu d'en justi-
« fier tout adjudicataire lors de la première adju-
« dication, et comme sera tenu d'en justifier tout
« adjudicataire lors de la vente sur surenchère... ;
« qu'en ce cas, il échet de faire application des
« principes généraux du droit aux termes desquels
« lorsqu'une obligation est contractée sous la con-
« dition qu'un événement arrivera dans un temps
« fixé, cette condition est censée défaillie lorsque
« le temps est expiré sans que l'événement soit ar-
« rivé ».

« Attendu d'autre part que les dispositions de
« la Loi du 16 novembre 1940 dérogeant au droit
« commun, doivent être interprétées restrictive-
« ment ; que les juges n'ont pas le pouvoir de pro-
« noncer une nullité sans qu'elle soit expressément
« prévue par un texte ; que la Loi du 16 novembre
« 1940, dont le but est d'assurer le contrôle des
« mutations immobilières tout en laissant intactes

« les règles de procédure et les principes généraux
« du droit en matière immobilière, prévoit seule-
« ment la nullité de « tout acte ou déclaration cons-
« tatant la réalisation de l'une des opérations visées
« à l'article 1^{er} » ; qu'en l'espèce la déclaration de
« surenchère faite au greffe ne constitue pas la réa-
« lisation de la vente, laquelle ne pourra se pro-
« duire qu'au jour fixé pour l'adjudication sur su-
« renchère et seulement dans le cas d'absence de
« tout autre enchérisseur ; qu'elle constitue seule-
« ment l'une des formalités prévues par le Code de
« Procédure Civile, en vue de parvenir à la réalisa-
« tion de la vente. »

Il est évident que si lors de l'adjudication sur surenchère, le surenchérisseur n'a pas obtenu l'autorisation nécessaire, il ne pourra pas être déclaré adjudicataire, conformément à l'article 838 du Code de Procédure Civile ; ce n'est que l'application normale de la Loi du 16 novembre 1940 qu'il convient de respecter, après avoir dit qu'elle ne paraissait pas modifier, comme certains l'avaient d'abord pensé, les principes essentiels de notre droit moderne, qui restent selon nous, toujours basés sur le Code Civil et le Code de Procédure.

Sans doute, dans le cas ci-dessus, et s'il ne se présente aucun autre enchérisseur, risque-t-on d'avoir à recommencer l'adjudication. Les auteurs ne sont d'ailleurs pas d'accord sur le moyen d'y arriver ; il semble, selon l'avis exprimé par M. Fréjaville, professeur à la Faculté de droit de Caen (17), impossible d'envisager une folle enchère, car cette procédure suppose la déclaration préalable d'un adjudicataire. La folle enchère est en effet une appli-

(17) Jurisclasseurs, 11 avril 1943.

cation de l'action résolutoire aux ventes par autorité de justice ; or, dans notre hypothèse, la vente n'a pu être réalisée.

M. Cezar Bru propose que le Tribunal qui se trouve dans l'impossibilité d'appliquer l'article 710 et de déclarer adjudicataire le surenchérisseur, décide et prescrive une nouvelle publicité, le tout dans les délais fixés par le Code de Procédure Civile. Et M. Cezar Bru ajoute que l'on pourrait utiliser, en l'espèce, sous forme de procédure de reprise de l'adjudication déjà réalisée, la remise de l'adjudication autorisée par l'article 703 du Code de Procédure pour causes graves. Cette solution paraît très intéressante ; cependant M. Fréjaville la condamne, car elle paraît solliciter d'une façon un peu excessive l'article 703 précité.

M. Fréjaville estime préférable d'appliquer la même solution qu'en cas d'annulation de la surenchère ; cette annulation entraîne le maintien de la première adjudication. Cette solution, admise par l'article 832 du Code de Procédure Civile pour la surenchère sur aliénation volontaire, s'applique également aux ventes judiciaires.

Sans doute, objecte-t-on que l'adjudicataire surenchéri a pu se considérer comme délié par la déclaration de surenchère, surtout si l'on considère que la déclaration de surenchère résoud l'adjudication. Il est permis de répondre à cela que cette résolution n'a lieu que sous condition que la surenchère aboutisse à une nouvelle adjudication. Si elle n'aboutit pas, soit que la surenchère soit annulée, soit qu'il soit impossible de déclarer le surenchérisseur adjudicataire, faute d'autorisation, les obligations de l'acquéreur primitif revivent. Pour M. Fréjaville, il n'est donc pas exact que l'adjudicataire surenchéri soit définitivement et en toutes circons-

tances délié de ses obligations par le seul fait de la surenchère.

Quoi qu'il en soit, cette situation, née du défaut d'autorisation du surenchérisseur, sera certainement fâcheuse, et un dommage pourra en résulter. Des frais auront été exposés en pure perte. C'est exact, mais ce dommage n'est pas le fait d'une situation nouvelle créée par l'application de la Loi du 16 novembre 1940. Il existait déjà avant la parution de cette Loi et il existe encore aujourd'hui, hors du champ d'application de la Loi nouvelle, lorsque, par exemple, la surenchère, qui doit être validée, est déclarée nulle. Il est donc juste de dire que l'on se trouve en présence d'une nouvelle cause de nullité de la surenchère et rien de plus. La seule différence, préjudiciable, c'est certain, c'est que cette nouvelle cause ne pourra être invoquée que tardivement, lors de l'adjudication sur surenchère, qui opère seule la mutation de propriété visée par la Loi.

Enfin, si l'on admet la théorie de M. le Professeur Esmein, dans laquelle la condition de l'obtention de l'autorisation préfectorale est sous-entendue dans le compromis de vente, comme dans la levée de l'option à la suite d'une promesse unilatérale, pourquoi ne pas la sous-entendre dans la déclaration de surenchère ? Le surenchérisseur, en faisant au greffe sa déclaration de surenchère, s'engage par là implicitement à se présenter, lors de l'adjudication sur surenchère, muni de l'autorisation nécessaire. Le manquement à cet engagement implicite aura pour sanction l'impossibilité d'être déclaré adjudicataire à l'audience.

L'examen de la doctrine et de la jurisprudence nous a conduit à estimer que les dispositions de la Loi du 16 novembre 1940 ne s'appliquaient pas à la

déclaration de surenchère. Nous concluons donc à la validité de cette déclaration à défaut d'autorisation préalable et même à sa validité provisoire jusqu'au jugement d'adjudication au cas où l'autorisation sollicitée est refusée.

CONCLUSION

Nous arrivons au terme de notre étude, qui nous a permis de rechercher le domaine exact d'application de la Loi du 16 novembre 1940 sur les opérations immobilières, et les répercussions de cette Loi, sur la formation et la validité du contrat de vente d'immeubles, sous les différentes formes avec lesquelles il se présente.

A lire le texte de la Loi, et notamment son article 1^{er}, on pourrait croire qu'un changement profond serait intervenu dans cette matière si importante de notre droit privé. Certains auteurs, suivis par quelques décisions de jurisprudence, ont effectivement préconisé l'application stricte de la Loi nouvelle.

Nous avons essayé de montrer cependant que telle n'a pas été la portée qui a été donnée à la Loi. Sans doute, la doctrine et la jurisprudence sont-elles également divisées et cela n'a rien d'étonnant en présence de l'absence de motifs de cette mesure législative.

Néanmoins, nous persistons à penser que l'autorisation préfectorale prévue par cette loi exceptionnelle n'est qu'une condition provisoire, ajoutée à celles déjà exigées par le Code Civil et les Lois postérieures, comme celle du 23 mars 1855 sur la Transcription. Nous en résumerons deux raisons qui nous paraissent essentielles.

D'abord une raison historique, tirée de l'évolution du Droit Français en la matière, des origines lointaines de la vente romaine à l'aboutissement actuel, dans le Code Civil, lequel est demeuré stable

sur ce point, du contrat de vente en droit français moderne. Cette évolution montre que les éléments constitutifs de ce contrat, concrétisés et clarifiés par le Code Napoléon n'ont pas été modifiés par la Loi Nouvelle, qui ne l'a dit nulle part.

La seconde raison découle de la première : si la Loi n'a pas modifié, selon nous, le droit privé des contrats, c'est qu'elle n'est pas une Loi de droit privé. C'est essentiellement une Loi de police, née des circonstances actuelles et qui passera avec elles, lorsque la paix, qui, nous l'espérons, engendrera l'ordre, aura été rétablie en France. Si une Loi de police oblige tous ceux qui se trouvent sur le territoire national, elle doit être interprétée restrictivement, et c'est pourquoi nous suivons les théoriciens et les praticiens qui en ont réduit les effets. « C'est « ce caractère, disait M. le Professeur Esmein, qui « justifie qu'on réduise à tous égards l'entrave apportée au jeu des règles du Droit Civil, à ce qui « est strictement indispensable pour que soit atteint le but de police visé par la Loi. »

Nous terminerons donc cette étude trop incomplète sur une espérance, laquelle n'est pas toujours le courage des lâches, comme l'a dit avec pessimisme M. de Montherlant. L'espérance que cette Loi ne soit bientôt plus qu'un souvenir, et que, dans une Liberté contractuelle retrouvée, vendeurs et acheteurs immobiliers puissent sans entraves appliquer les principes du droit français, qui sont son honneur et les raisons de son prestige et de son rayonnement chez nous comme à l'étranger.

Vu : *Le Doyen,*
G. RIPERT.

Vu : *Le Président,*
M. SOLUS.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
Gilbert GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

1° *Ouvrages de Droit*

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit Civil (5° Edition, 1922).
BRISSAUD. — Manuel d'Histoire du Droit Privé (Edit. 1935).
CEZAR BRU. — Théorie et Pratique des Voies d'exécution (Edition 1927).
DEMOGUE. — Traité des Obligations en général (Edition 1923-1925).
GIFFARD. — Cours de Droit Romain (1936-1937).
GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit Romain (édit. 1929).
GLASSON, TISSIER et MOREL. — Traité théorique et pratique de Procédure Civile (Edition 1932).
GUILHOT. — Code Civil annoté (Edition 1941).
JUSTINIEN. — Les Institutes.
LOCRE. — Histoire des Institutions dans l'ancienne France.
PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit Civil (Editions 1931 et 1943 : cette dernière refondue par M. le Doyen Ripert).
POTHIER. — Traité des Obligations.
RIPERT. — La règle morale dans les Obligations Civiles (Edition 1927).
SOLUS. — Cours de Procédure Civile (1938-1939).
— Cours sur les Voies d'exécution (1934-1935).

2° *Thèse de Doctorat*

- J. GOBBI. — L'intervention légale dans les Mutations Immobilières. Paris 1941.

3° *Recueils et Périodiques. Articles de Revues*

BESANÇON. — Le compromis de ventes immobilières et la Loi du 16 novembre 1940. *Gazette du Palais*, 17 juin 1942.

CARBONNIER. — *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1942, p. 294 et 69. *Chronique des Contrats spéciaux*.

DEFRENOIS. — Les Ventes d'Immeubles par acte sous seings privés et l'autorisation préfectorale. — Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement, 1942, Article 26.091.

ESMEIN. — La Loi du 16 novembre 1940 soumettant les opérations immobilières à l'autorisation du Préfet. *Semaine Juridique*, 1941-I-185.

— De l'autorisation préfectorale exigée pour les opérations immobilières. *Gazette du Palais*, 1943, 2 mars.

FAUVEL. — *Chronique du Journal des Notaires*, 1941, p. 44.

FRANCK DEYSAC. — *Chronique du Journal des Notaires*, 1941, p. 328.

FRÉJAVILLE. — Article des Jurisclasseurs périodiques du 11 avril 1943.

MAGUET (Louis). — Opérations immobilières et assimilées, soumises à l'autorisation préfectorale. *Gazette du Palais*, 1941, 2^e Semestre. *Doctrines*, page 11.

PERRODIN. — La promesse de vente d'immeubles et la Loi du 16 novembre 1940. *Gazette du Palais*, 1942, 22 juillet.

PIOT (René). — Article du *Journal des Notaires*, 1941, p. 116.

RAYNAUD. — Article des Jurisclasseurs périod., 1942, n° 775.

TRASBOT. — Article des Jurisclasseurs périod. 1942-I-284.

VOIRIN. — La Législation Française en matière de Droit Privé de mars à avril 1941. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1940-1941.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER. — <i>Evolution des Conceptions juridiques en matière de ventes d'immeubles</i>	11
SECTION I. — Le Droit Romain	12
SECTION II. — L'Ancien Droit Français	24
SECTION III. — Le Droit Intermédiaire	32
SECTION IV. — Le Code Civil	34
CHAPITRE II. — <i>La Liberté des Conventions et la notion d'Ordre Public, du Code Civil au Régime institué par la Loi du 16 novembre 1940</i>	43
SECTION I. — Evolution historique des principes de liberté contractuelle et d'Ordre Public.....	45
SECTION II. — Les Textes Législatifs actuels.....	54
SECTION III. — Buts et Caractères de la Loi du 16 novembre 1940	62
CHAPITRE III. — <i>Mécanisme juridique du Contrat de Vente d'Immeubles, sous l'Empire de la Loi du 16 Novembre 1940</i>	79
SECTION I. — Application rigoureuse de la Loi....	84
SECTION II. — La distinction de la convention productive d'obligations et de l'acte transférant la propriété	104
SECTION III. — La Fiction de la Condition suspensive	120
SECTION IV. — L'autorisation préfectorale, condition nouvelle mise par la Loi au transfert de la propriété	137

CHAPITRE IV. — <i>Application de la Loi du 16 novembre</i> <i>1940 en matière de Ventes Judiciaires</i>	147
SECTION I. — La saisie immobilière	149
SECTION II. — La surenchère	152
CONCLUSION	171
BIBLIOGRAPHIE	173

